

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**CRÍTICA À MILITARIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS CAPIXABAS
À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT
ALEXY**

CHANDLER GALVAM LUBE

VITÓRIA/ES
2010

CHANDLER GALVAM LUBE

**CRÍTICA À MILITARIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS CAPIXABAS
À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT
ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daury César Fabriz

VITÓRIA/ES
2010

CHANDLER GALVAM LUBE

**CRÍTICA À MILITARIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS CAPIXABAS
À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT
ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em _____

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury César Fabríz
Orientador

Prof (a). Dr.(a).

Prof (a). Dr(a).

AGRADECIMENTOS

São três os pilares que alicerçam o presente trabalho. Três fundamentos sem os quais o protagonista se calaria. Ainda que pouco, o agradecimento é sincero:

Para além da formalidade, agradeço à FDV e seu programa de Mestrado que muito orgulha seus discentes.

Para além da admiração, agradeço meu Professor Orientador que, de sua sapiência, distribuí segurança e discernimento.

Para além do fascínio, adentrando ao amor incondicional, agradeço à minha família, em especial minha esposa Daniela, minha filha Melina e meu filho Guilherme. O tempo distante se fará compensar pelo reconhecimento.

Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota.

Madre Teresa de Calcutá

Comenta-se que ninguém de fato conhece uma nação até que se veja numa de suas prisões. Uma nação não deveria ser julgada pela forma que trata seus mais ilustres cidadãos, mas como trata os seus mais simplórios.

Nelson Rolihlahla Mandela

À Sociedade Capixaba que suporta todos os
males oriundos da insuficiência do Estado.

RESUMO

O presente trabalho é uma contribuição para o processo de tomada de decisão na esfera pública administrativa. Partindo do desenvolvimento alcançado pela teoria da proporcionalidade, no âmbito do Direito Constitucional, tendo como precursor mais notável o jus filósofo alemão Robert Alexy, sobretudo nas questões envolvendo os Direitos Fundamentais, propõe-se a transposição ou o retorno qualificado da teoria para questões em que estes direitos sejam passíveis de serem efetivamente relativizados no campo da discricionariedade administrativa. O trabalho evidencia, noutro giro, um indevido, corriqueiro e tácito uso da teoria, o que enseja inúmeras críticas, no intuito de legitimar práticas dissonantes das que eventualmente se revelariam pelo emprego criterioso. Como situação paradigma, propõe-se a exame a crônica utilização de recursos militares no sistema prisional capixaba, o que alcançou seu ápice no ano de 2006, sem que haja evidências de diminuição até os dias atuais. Esta opção frequente é adotada não raras vezes ao argumento de uma suposta preservação da ordem pública e da supremacia do interesse público, tendo como consequência uma autorização (legitimação), temerária, para relativização de direitos fundamentais dos presos, o que se obteria supostamente através de um juízo de razoabilidade entre os princípios, bens e interesses envolvidos. Por outro lado o exame rigoroso da proporcionalidade, na medida em que exige um nível de discussão e argumentação aprofundado, com a aplicação das máximas da ponderação, revela um hiato entre a prática administrativa e o melhor interesse público. A sugestão apresentada como método tem o condão de proporcionar ao ato administrativo discricionário a legitimação necessária e a orientação pragmática para os esforços públicos, tornando-se inclusive supedâneo para novas e boas práticas.

Palavras-chave: proporcionalidade; interesse público; relativização de direitos fundamentais; ato administrativo; sistema prisional.

ABSTRACT

This work is a contribution to the process of decision making in public administration. Based on the development achieved by the theory of proportionality, under Constitutional Law, with the most notable precursor jus German philosopher Robert Alexy, especially in matters involving fundamental rights, it is proposed to transpose or the return of qualified theory to issues where these rights are likely to be effectively relativized in the field of administrative discretion. Furthermore the study shows an improper use of colloquial and tacit theory, which gives rise to numerous criticisms, in order to legitimize practices of dissonant which eventually reveal the judicious employment. As a paradigm situation, it is proposed to review the chronic use of military prison system in Espírito Santo, which reached its peak in 2006, with no evidence of decreased until today. This option is often not infrequently adopted the argument of an alleged preservation of public order and the supremacy of public interest and as a consequence authorization (legitimacy), reckless for the relativization of the fundamental rights of prisoners, which supposedly would be obtained through an assessment of reasonableness of the principles, goods and interests. On the other hand the detailed examination of proportionality, in that it requires a level of discussion and argument deepened with the application of the maximum weight, reveals a gap between administrative practice and the best public interest. The suggestion as a method has the virtue of providing the discretionary administrative act and the legitimacy necessary pragmatic orientation to public efforts, including developing new and footstool for good practice.

Keywords: proportionality; public interest; relativization of fundamental rights; administrative act; the prison system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A PROPORCIONALIDADE APLICADA ÀS PRÁTICAS DECISÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
1.1 DA TRANSPOSIÇÃO QUALIFICADA	24
1.2 DISCRICIONARIDADE, INTERESSE PÚBLICO E PONDERAÇÃO	25
1.3 MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE	31
1.4 NÃO HÁ PONDERAÇÃO NOS CASOS EM QUE SE APLICA DIRETAMENTE A LEGISLAÇÃO: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
2 APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO: MILITARIZAÇÃO CRÔNICA DOS PRESÍDIOS CAPIXABAS	40
2.1 PRISÕES: COMO SE CHEGA A 2006	41
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURANÇA PÚBLICA COLIDEM, NA REALIZAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE? ...	55
2.3 MILITARISMO E LÓGICA DA CONTINUIDADE	64
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS REFÊNS DO CASUÍSMO	72
3.1 RAZÕES PARA SE RESPEITAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: RESTRIÇÕES AUTORIZADAS	75
3.2 LIMITES PARA A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO	85
3.3 DIGNIDADE HUMANA E PONDERAÇÃO	90
4 TOMADA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA	97
4.1 LEGITIMAÇÃO PELA PRÁTICA HISTÓRICA: O APELO DO ADMINISTRADOR E A LÓGICA IMPLÍCITA	97
4.1.1 O povo (Opinião Pública) como instância de legitimação	105

4.2 CONVENIÊNCIA E USO IMPRÓPRIO DA TEORIA	107
4.3 SUPORTE TEÓRICO PARA UMA TRANSFORMAÇÃO QUALITATIVA PARADIGMÁTICA	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

A centralidade dos Direitos Fundamentais e sua possibilidade/necessidade de relativização são temas extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Uma vez definido a cartela protetiva, o Estado se põe a efetivá-los, mas não sem contratempos e/ou obstáculos. Desde o seu reconhecimento originário, a não completa efetivação se mostra evidente quando do ingresso dos comandos abstratos na vida real, com consequentes embates fáticos e jurídicos.

A satisfação dos Direitos Fundamentais passa necessariamente pela necessidade, ao menos por ora inarredável, de um Estado como participante ativo. Primeiro na definição ampla e nítida daqueles direitos. Depois na prestação negativa, deixando-se de feri-los, ou na positiva, criando e mantendo um ambiente propício ao desenvolvimento. Por fim o Estado revolve no resguardo da tutela legal. O presente trabalho ocupa-se tão somente da questão “intermediária”, restringindo-se aos atos administrativos discricionários, na condição de propiciadores da vida boa e digna, já que realizados em prol da sociedade. Isto se consoantes a uma dinâmica protetiva dos Direitos Fundamentais e, por conseguinte atentas ao melhor interesse público.

O dever de razoabilidade e proporcionalidade nos atos administrativos é característica informadora perene, confunde-se e orienta o próprio senso de justiça. São princípios basilares de abrangência potencial e, portanto, “parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles são informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 1996, p. 204).

Certamente poucos ambientes, como o prisional, afloram tantas contradições úteis ao diagnóstico e exame da faticidade que envolve a efetivação de Direitos Fundamentais. É certo também que este contexto é objeto de intensa mediação legislativa, bem como da eventual tutela judicial. Mas, como se disse, deve-se mirar por ora no *mister* público, administrativo, da execução penal, em especial a margem de liberdade decisória, o que não se faz, neste tema, sem a devida clareza das finalidades do instituto da privação da liberdade.

A execução penal exige do administrador público soluções inventivas que priorizem seus objetivos previamente definidos (finalidades da pena), sem perder de vista que estes são consoantes a um interesse público, em grande medida já previamente valorado e, a um contexto constitucional irradiador. Portanto, o aprisionamento sem a observância criteriosa destas questões tende a se tornar um imbróglio, senão um ilícito gerador de outros tantos.

Com muita frequência a atuação natural, ou ainda mais a equivocada ou insuficiente do poder público, em sua esfera discricionária, suscita conflitos, colisões concretas, que terminam por deprimir desnecessariamente ou desproporcionalmente os Direitos Fundamentais. Uma constatação neste sentido dá-se no embate cotidiano e concreto entre segurança pública, preservação da ordem pública e Direitos Fundamentais da pessoa submetida à pena privativa de liberdade. Conflito visto equivocadamente, não raras vezes numa redução simplista, como divergência entre coletivo e individual, ou ainda, entre público e particular, no que sempre se tende a priorizar uma indistinta supremacia do interesse público. Note-se, no entanto, desde já, que esta colisão somente ocorre na precariedade da execução penal, pois diante da sua regularidade a segurança pública se reforça, a exemplo dos Direitos Fundamentais.

Mesmo diante de uma faculdade o administrador não é inteiramente livre para escolher, se uma das alternativas não conduz a um resultado ótimo. Com muito mais razão a alternativa que conduz à colisão de interesses, impendendo a relativização de Direitos Fundamentais, deve ser rejeitada, senão na origem o será no exame jurisdicional. Assim, a adesão a uma política pública permanente de militarização de presídios, desde o nível operacional até o gerencial e estratégico, como alternativa válida, discricionária, para consecução dos fins da pena privativa de liberdade, deve se submeter a um juízo de ponderação, funcionando como instrumento capaz de revelar se a escolha é a melhor em probabilidade, custo e benefício. Isto é, diante de dada finalidade pública declarada, havendo meios diversos disponíveis, deve o administrador valer-se da proporcionalidade para determinar suas opções.

Neste processo, a argumentação acerca do que seja interesse público e a proteção de direitos constitucionais, a realização efetiva da segurança pública e o respeito à dignidade da pessoa humana, dentre todos os que estiverem em pauta, sujeitam-se

a um exercício sistemático, em um nível tal que permita os atos gozarem de uma legitimidade real. Ou melhor, permita ao administrador sustentar legitimamente, com amparo de um método objetivo, galgar rupturas dolorosas na busca do novo e do melhor.

A proporcionalidade/razoabilidade é, portanto uma baliza adicional na preservação dos Direitos Fundamentais. No contexto jurídico/administrativo afasta-se do sentimento intuitivo, “muito embora a percepção do irrazoável seja de imediato apreendida pela intuição” (NOHARA, 2006, p. 2). Acrescenta ao processo de tomada de decisão um dever rigoroso de racionalidade, através de “processos intelectuais de justificação e argumentação” (NOHARA, 2006, p.2) que, senão absoluto, deve ser ótimo. Como se verá o exame da proporcionalidade não se faz ao acaso ou sem critérios, o que poderia levar a uma pseudolegitimação do ato. A teoria, a toda prova, tem se desenvolvido no intuito de oferecer e buscar meios explícitos e seguros ao ponderar, afastando-se, na medida do possível, do subjetivismo, do casuísmo e do decisionismo.

Deve-se ter em mente, entretanto, que a proporcionalidade, por sua técnica da ponderação não é um método neutro. Valorações são sempre constantes nas opções políticas, mas a legitimidade, potencializada, só se alcança com a transparência do discurso e da exigência argumentativa. A técnica da ponderação leva à discussões e justificações num exame mais aprofundado, em um nível argumentativo denso ao mesmo tempo que inicialmente amplia o espectro decisório, para depois, ao final, restringi-lo. Neste passo não serve à mera harmonização de interesses, o que poderia sustentar dados desmandos, mas sim ao descortinamento do melhor interesse público.

Para além do sentimento inato de justiça, presente no cotidiano humano e, ancorado naturalmente na idéia empírica do que seja proporcional e razoável, a teoria proposta por Robert Alexy pretende sistematizar o processo decisório, oferecendo inclusive ferramentas práticas. O autor propõe (2008, p. 165), em contraposição a um indesejado “modelo decisionista”, “um modelo fundamentado”, segundo o qual “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”. Embora o tratamento dado pelo autor tenha como alvo precípua as decisões judiciais e os casos em que ocorrem

colisões entre bens e interesses constitucionalmente protegidos, a utilização em âmbito administrativo irá se mostrar igualmente coerente, com a larga vantagem de se referir a decisões que comportam aspectos axiológicos, como é próprio daquele contexto.

A pergunta a ser feita pelo administrador, após contemplar a legalidade e constatar uma liberdade conformada de ação, vai no sentido de averiguar que opção mostra-se razoável na busca do melhor interesse público. A alternativa mostra-se necessária, isto é, fere princípios outros de modo imprescindível e da forma menos gravosa? A política eleita é adequada a preservar os direitos em voga? Por fim, a intervenção em dado direito é compatível e fortalece tanto mais a preservação de outro igualmente tutelado?

A resposta a tais indagações ou conduzem à confirmação de uma praxe já assentada, e então suficientemente justificada, devendo mesmo manter-se o *status quo ante*, ou aduzem novas conclusões que devem autorizar, exigir e incentivar uma mudança paradigmática. De qualquer modo a aplicação metódica vai se mostrar reveladora. A proposta deste estudo, por sua vez, é averiguar se a teoria da proporcionalidade oferece ao administrador público um ferramental adicional para a tomada de decisão correta, para a resposta induvidosa em casos concretos como o que se dá a exame.

No capítulo inaugural estão apresentados os parâmetros básicos ou linhas gerais, apuradas em sede de um novo constitucionalismo, que norteiam a proporcionalidade e os aspectos que autorizam ou otimizam o uso da teoria na seara administrativa pública. Ali foi apresentado o âmbito da discricionariedade, surgido em compasso ou subsidiariamente com o princípio da estrita legalidade, como momento aberto a juízos de oportunidade e conveniência do administrador, sempre orientado a um fim público, mas propício a alternativas fáticas que, *a priori*, seriam igualmente aptas a consecução final.

A exigência de ponderação em casos concretos foi tratada ao longo do segundo capítulo e refere-se à militarização dos presídios capixabas. Trata-se de um único caso concreto, construído, é bem verdade, por uma série de intervenções pontuais, mas que, em razão de um *modus operandi* comum, uma finalidade comum,

ininterrupto e diário, deve ser compreendido em sua unicidade. A par das finalidades da pena, restou demonstrado que a recorrência crônica na utilização de recursos militares, sem que estes possam ser agentes da própria transformação, desnatura a justificativa subjacente de proteção da segurança pública e relativização necessária dos Direitos Fundamentais, na medida em que se revela meio inábil na consecução daquelas finalidades. Ademais o uso indiscriminado e perpétuo da força pública não pode ser justificado a partir da missão constitucional de preservação da ordem.

No capítulo seguinte o que se evidencia é a fragilidade dos Direitos Fundamentais frente a um administrador destituído do compromisso constitucional. A possibilidade de relativização de tais direitos, no entanto, já alcançou considerável contorno na doutrina, sendo a proporcionalidade um limite a mais nesta realidade. A dignidade humana é apresentada aqui como fundamento do Estado Democrático de Direito e a possibilidade de relativização resta factível, muito embora sob uma exigência argumentativa, jurídica e fática, quase que intransponível. A proporcionalidade envolvendo casos de desrespeito a dignidade humana revelará na esmagadora maioria das vezes, senão todas, que a dignidade prevalece e alternativas são requeridas.

Por fim a discussão chega à tomada de decisão administrativa propriamente dita e a lógica implícita no processo, bem como a possibilidade ímpar de rechaço. Razões temerosas podem ser mascaradas por um juízo de proporcionalidade raso e a conveniência destoante do melhor interesse público prevalece. Por outro lado a aplicação comprometida do método torna legítima a escolha conveniente, havendo confluência de interesses, ou sustenta a negativa, inaugurando um cenário propício a um salto qualitativo.

1 A PROPORCIONALIDADE APLICADA ÀS PRÁTICAS DECISÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há os que apontam diferenças sutis¹ entre o que seja a proporcionalidade e o que se entende por razoabilidade², suas implicações, alcance e força na condição de princípios constitucionais. Seja como for, ambos, e aqui se adotarão indistintamente as denominações como sinônimo, flertam com a própria intuição humana. Assim, carregam semelhanças suficientes, notadamente a pretensão de racionalidade, que permitem esta liberdade na nomenclatura.

A lógica explícita no seu trato diário habita desde o cotidiano mais prosaico do ser social, na medida em que o homem faz suas escolhas corriqueiras, segundo critérios que devam revelar a melhor opção, a mais conveniente, enfim, a razoável e/ou proporcional, dadas determinadas circunstâncias³. Possivelmente decorre daí um natural fascínio, o que pode proporcionar uma rápida e ampla disseminação de uma teoria que assim se fundamente.

Já no que se refere aos recorrentes termos sopesamento e ponderação, são estes mais bem aplicados no sentido de ser um instrumental útil ao ideal da razoabilidade e da proporcionalidade. São, portanto, o exercício, sistemático ou não – embora se tratando de decisão judicial e administrativa deve-se exigir a rigorosidade metódica na seleção de uma escolha, - desenvolvido pelo indivíduo ou órgão incumbido de uma decisão, quando diante de uma colisão de princípios, bens e interesses simultaneamente aplicáveis e protegidos, não solucionáveis pelo silogismo clássico, que permite trilhar um raciocínio lógico e que determina a melhor escolha em detrimento das demais.

¹ Neste sentido veja-se, ex vi, SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 803 e; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 186 a 192.

² Uma distinção acerca da origem histórica, ex vi, pode ser vista em: “a idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema *common Law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. (BARROSO, 2010, p. 305)

³ Irene Patrícia Nohara (2006, p. 197) ocupou-se de enumerar alguns sinônimos do que se compreende por razoabilidade, evidenciando uma aproximação com a natureza lógica do raciocínio humano: “razoabilidade é conceito ambíguo, isto é, que possui inúmeros significados, dentre os quais se ressaltam: logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado, sensato ou que tem bom-senso, conforme à equidade, que é justo e compreensível, legítimo, coerente, não excessivo, moderado, aceitável e suficiente”.

A proporcionalidade/razoabilidade ganhou impulso decisivo, e grande notoriedade no âmbito jurídico, com a proposição de tornar-se um elemento da teoria geral para o direito constitucional, ao menos como a solução no que se refere à eventual colisão de princípios. É que os critérios tradicionais, sobretudo o método subsuntivo, próprio do positivismo jurídico, mostraram-se historicamente incapazes de apresentar soluções definitivas para o que Dworkin (2007, p. 127) chamou contemporaneamente de *hard cases*.

O precursor nesta seara, que forjou a significância e utilidade do termo, segundo instrumentos fundantes específicos, notadamente a partir uma sólida teoria da argumentação jurídica, foi o alemão Robert Alexy. Assim é que, a partir do Tribunal Constitucional Alemão, sob influência direta de seu pensamento, deu-se rapidamente a dissipação das idéias contidas na razão prática de Alexy, mas não sem críticas como se verá adiante.

Para Alexy, fazendo coro a uma quase-unanimidade pós-positivista, “as normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas” (2005, p. 275). Diante desta constatação sua proposta funda-se na institucionalização de regras específicas de argumentação a serem sedimentadas na Ciência do Direito. Não obstante, a intuição racional humana, presente no que chama de “discurso prático geral”, não se torna um elemento indesejado à argumentação jurídica, ao reverso, trata-se de uma faceta de indeterminação perene, potencialmente controlável:

Com isso, a argumentação prática geral não é expulsa da argumentação jurídica. A argumentação jurídica continua dependendo normalmente de argumentos práticos de tipo geral, como já se indicou. A incerteza devido à natureza do discurso prático geral não pode por isso nunca ser eliminada por completo. Como elemento da argumentação jurídica, a argumentação prática geral, porém, ocorre sob condições que elevam consideravelmente seus resultados, com base na institucionalização do discurso jurídico como Ciência do Direito. (ALEXY, 2005, p. 276)

Muito embora a visibilidade, decorrente de uma sistematização funcional, tenha sido verificada no âmbito do direito, o sentimento de proporcionalidade e razoabilidade certamente remonta a um passado não reconstituível. Possivelmente estes conceitos confundem-se com a própria história da humanidade e com o seu natural desenvolvimento. No entanto, sua presença formal, no Direito, já foi notada,

anteriormente, na esfera penal e no Direito Administrativo Francês (SARMENTO, 2003. p. 79), assim como na prática Constitucional Norte-Americana, sobretudo com os desdobramentos naturais do *due process of law*, e no Direito Administrativo Alemão (BARROSO, 2010, p. 305).

Do segmento nascido no sistema norte-americano destaca-se um precedente inaugurador que remonta ao ano de 1.905. A Suprema Corte Americana julgou, com base em critérios de razoabilidade, o caso *Lochner vs. New York*, afirmando, ao final, a imperiosidade de conformar a lei infraconstitucional segundo a Constituição, que por sua vez é informada por aquele princípio. A matéria versava a respeito de uma Lei estadual que estabelecia um limite máximo de horas trabalhadas pelos padeiros daquele estado. No entanto a Corte entendeu que a lei não era razoável, portanto inválida, pois feria a liberdade de contrato. Mesmo diante de uma lacuna legal, diante de um caso não previsto em Lei, sem solução subsuntiva direta, a Corte não se furtou a julgar, valendo-se de um juízo do que admitia como razoável necessário e não arbitrário, como se extraí da breve passagem no julgado⁴:

Em todo caso trazido a este Tribunal, em que se trata de legislação desta natureza, e em que a proteção da Constituição Federal é requerida, uma questão necessariamente aparece: é este um exercício justo, razoável e apropriado do poder de polícia do Estado, ou é uma interferência não razoável, desnecessária e arbitrária nos direitos individuais a sua liberdade pessoal ou de realizar aqueles contratos que julgar apropriados ou necessários para seu próprio sustento ou de sua família? É claro que a liberdade de contratar relacionada com trabalho inclui duas partes. Uma tem tanto direito de contratar quanto a outra de vender o seu trabalho.

A primeira notícia que se tem da aplicação do princípio em tela⁵, no Brasil, foi por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 18.331/1951, no qual o então Ministro Orozimbo Nonato, declarou desarrazoado um reajuste promovido pela Prefeitura de Santos, no Estado de São Paulo, no imposto incidente sobre cabinas de banho, na orla marítima daquele município. Daquela feita o raciocínio acerca do que seja uma política pública razoável não passou da expressão de um sentimento quase que exclusivamente intuitivo, presente, portanto na argumentação prática geral. A declaração de falta de razoabilidade permitia um apelo e uma assimilação

⁴ Caso *Lochner X New York*, citado em: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. 2ª ed. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 67.

⁵ RE nº 18.331, citado em: OMMATI, José Emilio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004, p. 143.

instantânea por parte de todos os afetados, já que tal princípio, a toda evidência é inafastável e difícil de ser refutado.

Daí em diante, tornou-se cada vez mais frequente o controle judicial sobre políticas públicas que fossem consideradas ao final não razoável ou não proporcional⁶. Esta constatação impende afirmar, noutra giro, que uma decisão administrativa deve pautar-se, portanto, numa axiologia promotora de justiça, bem comum e racional, isto é, razoável. Ora, só há de sofrer reforma judicial aquela política pública havida, mesmo dentro da legalidade, mas ao arrepio daqueles valores. Decisões desta natureza são, portanto descabidas, pois não velam pelos princípios constitucionais, ou pelo menos, elegem bens e interesses tais, que, no caso concreto, deveriam ceder em razão de outros.

Esta gestação íntima, lenta e gradual, que segundo Ommati (2004, p. 146) “confunde-se com o próprio nascimento do moderno Estado de Direito”, após alcançar os tribunais, culminou com a sistematização de uma teoria, num esforço de materializar os passos lógicos a conduzirem um tomador de decisão. Segundo aquele autor “... a idéia de proporcionalidade ganha maior consistência no Direito Público a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da República Federal da Alemanha”. Migrando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, âmbito em que se solidificou a teoria de Alexy, a proporcionalidade, passou a ser critério, princípio informador e motivador do raciocínio judicial, transformando-se na base do controle exercido sob a administração e sob o legislativo. Não obstante e, por conseguinte, o Direito Administrativo, na condição de ordenador da regularidade administrativa, não se desvencilhou desta incumbência, já que a sua observância significa potencial confirmação política e jurídica.

Mas a teoria acerca da proporcionalidade, e o método moldado por Alexy não se constituíram em um consenso. Daniel Sarmiento (2003, p. 141 – 152) reconhece em síntese três frentes da crítica dirigida à proporcionalidade, as quais seus adeptos têm se esforçado em contrapor, a exemplo do próprio Alexy (2008, p. 575 – 627).

⁶ Di Pietro (2010, p. 218) anota que surge recentemente no Brasil “forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial”, principalmente em razão dos ditos “conceitos legais indeterminados”, frequentemente recorridos na legislação e na fundamentação dos atos públicos, como, por exemplo, é a ordem pública e a segurança pública. Mais a frente a autora (DI PIETRO, 2010, p. 218 – 219) alerta, no entanto, que, mesmo nos casos de estrita discricionariedade, “alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável”. Isto é, a razoabilidade se apresenta como limite à liberdade discricionária do administrador, que evidentemente, num giro completo, caso decida segundo fundamentos daquele princípio, deverá ver o ato confirmado na esfera judicial.

Uma primeira linha, segundo o citado autor, seria aquela que revela um esvaziamento dos direitos fundamentais. Tal fato ocorreria ante a relativização daqueles direitos e a compreensão de uma margem moldável e conformada com a violação necessária. Isto é, admitir que dado princípio constitucional possa, no caso concreto, ser relativizado, para a garantia de outro que se mostre prevalente, significa uma ofensa à solidez e à unicidade que se pretende atribuir aos direitos fundamentais.

Outra corrente mostra que há uma inconsistência metodológica na ponderação, o que levaria a um decisionismo judicial. Isto ocorreria, pois é grande a subjetividade atribuída ao juiz no momento em que deve eleger princípios prevalentes no caso concreto. No entanto, vê-se, *en passant*, que o método em apreço pretende justamente, quando e se aplicado rigorosamente, restringir a margem de liberdade do julgador, obrigando-o a conformar sua decisão aos critérios pré-estabelecidos.

Mas é na terceira linha crítica que reside o maior desafio, e que importará sobremaneira para este estudo, e que, de certo modo, abarca as demais. É sob este enfoque que se pode identificar uma relevante resistência à teoria de Alexy. Entretanto, como se verá, a crítica não se mostra tão vigorosa, ou até mesmo impertinente, quando o contexto de aplicação da teoria da proporcionalidade diz respeito à administração pública, pelo seu processo decisório.

No Brasil esta crítica em específico tem sido exposta com veemência por uma escola que já se pode identificar e delimitar, de origem, visivelmente, mineira⁷. As considerações que se enveredam por esta linha parecem estar capitaneadas, no entanto, pelo sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas (1997), que ao discorrer acerca da “indeterminação do direito e a racionalidade na jurisprudência”, acabou por denotar que a ponderação reduz o poder normativo dos direitos fundamentais.

Para Habermas (1997), a ponderação acaba por outorgar um super poder ao Judiciário, na medida em que, apesar de não eleitos e assim não sendo representantes do povo, passam a se incumbir das opções políticas, julgando com

⁷ Sob esta denominação pode-se apontar os seguintes autores: Marcelo Cattoni; Menelick Carvalho Neto; Alexandre Bahia; Alexandre de Castro Coura; Baracho Júnior; José Medauar Ommati, dentre outros. Esta corrente parece aderir à unanimidade, guardada as devidas peculiaridades, a idéia de que a Constituição impõe ao julgador um sistema deontológico de normas, incluindo-se os princípios que não são passíveis de uma aplicação na maior medida fática e jurídica. Via de regra estes autores defendem que o Judiciário deve decidir valendo-se da norma adequada, ou seja, ante uma suposta colisão de princípios deve-se identificar aquele adequado a regular o caso concreto, o que não significa que o outro será invalidado.

base em valores. “Princípios e regras não têm estrutura teleológica” (1997, p. 258). Ocorre que esta tarefa é essencialmente do Parlamento e ao Judiciário cabe as decisões e controle de cunho deontológico, mas não axiológico como é próprio do processo de feitura das leis. Neste sentido o Judiciário se tornaria instância moral, usurpando a função legislativa, imbuindo-se de tarefa estranha a sua essência. Habermas aduz ainda que, além do “amolecimento”, não há modo racional para o ponderar. Termina por dizer que ao se ponderar promove-se um afastamento do dever de correção do direito. Isto porque ao invés de anunciar juízos de certo ou errado o que se faz é um juízo de conveniência.

É neste sentido que leciona Cattoni (2007, p.10), ao considerar uma judicialização da política e o julgamento à luz de pretensos valores supremos da comunidade, que apenas o judiciário pode reconhecer:

Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um codex e um índice de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se, ao final, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania.

O equívoco, segundo esta corrente, está no sentido em que os princípios são tomados, ou seja, axiológico, e assim estes se mostram como mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com uma ordem hierárquica de valores. De fato tal concepção deve existir, porém, segundo a crítica, no plano político/administrativo. O judiciário deve ocupar-se das normas e seu juízo é num sentido deontológico. Normas e valores possuem significados bem distintos, como bem asseverou Alexandre Coura:

Valores correspondem a preferências intersubjetivamente compartilhadas, relacionando-se a bens e interesses que em coletividades específicas são considerados relevantes e que são realizados gradualmente mediante ações dirigidas a determinados objetivos ou finalidades; enquanto isso, normas legítimas obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento, valendo-se de um código binário e não gradual.

Recentemente o Ministro Eros Roberto Grau do Supremo Tribunal Federal⁸, em voto-vista, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, elaborou decisivas considerações neste mesmo sentido e que parecem ser paradigmáticas: “Princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem ser submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos, são valores”. No voto ainda, Eros Grau destacou a incerteza que gera o uso da ponderação, que deposita no intérprete o destino da decisão.

Como se vê o perigo reside no fato de se estabelecer uma permissão para que a tutela jurisdicional se baseie em um método e conteúdo que são próprios de outro processo, o legislativo. E que, quando a disposição do Judiciário pode conduzir igualmente a um decisionismo, disfarçado de método.

A indesejada transposição judiciária não se restringe, contudo, aos atributos legislativos. A tomada de decisão administrativa, dentro do limite discricionário, também deve ser havida a partir de parâmetros axiológicos. Uma política pública deve velar precipuamente pelos valores depreendidos daquela sociedade afetada, o que não é exatamente atributo do Judiciário. Fazendo coro, portanto à crítica acima tratada, vê-se que o Poder Judiciário, ao eleger os valores a serem privilegiados pela administração, tal como ocorre frequentemente no controle de políticas públicas, mostra-se igualmente afastado do seu *mister* deontológico. Mas o Judiciário cresce no vácuo dos outros poderes e, tende desta forma, a se tornar uma espécie de “superego da sociedade” (MAUS, 2000, p. 183).

Evidente que isto se torna desnecessário ante um administrador comprometido com os anseios e necessidades dos administrados. Comprometido a ponto de submeter suas decisões a um processamento lógico, e se possível científico, o que conferirá à sua decisão um *status* de imutabilidade, dispensando a indevida intervenção judicial.

Alexy repudiou veementemente todas as críticas promovidas por Habermas (2005, p. 334-344), o que vale inclusive para os juízos de ponderação na administração. Mas no que toca ao afastamento da correção, isto é, promoção de decisões calcadas em conveniências e valores, não há que se combater quando a

⁸ Notícia acessada em 25/06/2009 às 23:00h e disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110046>.

administração promove discricionariamente os direitos fundamentais, pois deve fazê-lo com vistas a uma relação de custo e benefício, no melhor interesse público.

Uma quarta crítica que não foi tratada por Sarmento, e que se entrelaça com as demais, diz respeito à pretensa amplitude racional que se pretende dar à ponderação como método neutro e objetivo. Pois a jurisprudência de valores tem se apresentado, equivocadamente, como alternativa cabal e “metódica constitucional adequada à proteção dos direitos fundamentais” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p.9).

Nesse sentido três citações devem ser suficientes para desequilibrar tal pretensão, sendo que todas vêm da supracitada escola mineira:

Alexandre de Castro Coura (2009, p. 152), evidencia a incapacidade da ciência de mapear toda complexidade humana, além de recordar a necessidade de mecanismos de controle e de debate.

Afinal, nenhum método é instrumento neutro e capaz de superar sua própria condição de obra humana, lembrando que também a sua utilização requererá uma mediação constitutiva de sentido a ser realizada pelo intérprete, à luz de pré-compreensões que não podem ficar imunes ao controle e à discussão.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001, p. 58) endossa a constatação acrescentando sua preocupação com o dinamismo da condição humana, jamais aprisionado em um método imutável.

[...] não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, ahistóricas e descontextualizadas, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica, datada, contextual.

Finalmente Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2006, p. 459), aduz, no mesmo sentido, para concluir contra a suposta pretensão de completude.

[...] resta extremamente problemática qualquer teoria que afirme a “infallibilidade” de um método científico (como a proposta de Alexy, 1989). Não há um método *a priori* de conhecimento válido para todos os casos, mas somente construções metodológicas que devem ser reconstruídas e justificadas caso a caso.

Como não poderia ser diferente é cediço concordar com os autores, já que estão destacando uma faceta do conhecimento humano, qual seja: sua incompletude. Esta idéia tem permeado toda ciência moderna, e neste passo não se pode avalizar uma teoria que se pretenda racional a ponto de eliminar todas as incertezas da vida. No entanto a pretensão metódica é primeiramente uma tentativa de organização e racionalização útil. Depois o método aqui deve ser tomado como instrumento de otimização e ganho em probabilidade.

1.1 DA TRANSPOSIÇÃO QUALIFICADA

Haja ou não fundamento nas críticas desferidas contra a ponderação, não se pode negar que, invariavelmente, em especial quando se trate de matéria atinente aos direitos fundamentais, há uma inevitável recorrência ao raciocínio implícito da ponderação. Parece estar aí, a partir desta constatação, a razão pela qual o método não deve ser abandonado, mas sim alimentado cientificamente por critérios aprimoradores e enriquecedores, no que leciona Jorge Reis Novais (2003, p. 661):

O legislador, o aplicador e o intérprete, por facto do carácter essencialmente indeterminado, vago e polissêmico das fórmulas constitucionais de garantia dos direitos fundamentais, pela natureza histórica e circunstancialmente condicionada da sua consagração constitucional e, conseqüentemente, pelas necessidades permanentes de preenchimento e concretização, não podem escapar a valorações, comparações e formulação de juízos de preferência mais ou menos generalizáveis, entre os interesses em disputa.

Diga-se ainda que, se tais críticas são aplicáveis e palatáveis no que se referem à construção jurídica da teoria, para utilização ampla nas decisões judiciais, não o são irrestritamente em sede de tomada de decisão administrativa. A incompletude e a incerteza aqui são parte de um todo complexo que está a admitir uma maior variação, não aceita em sede do dever-ser.

A proposta de transposição funde-se com a idéia de retorno ou retomada, já que a proporcionalidade tem origens no direito administrativo, inclusive. Aliás, deve-se frisar que a razoabilidade, a exemplo do que leciona Di Pietro (2010, p. 79) é um

“princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa”.

Portanto, o retorno ou retomada não ocorre no sentido de que houvesse um abandono prévio e posterior recuperação, mas sim no sentido de encampar os avanços propiciados em outra seara, notadamente a constitucional. No sentido de transposição deve-se tomar o termo como reflexo automático do fenômeno de constitucionalização do direito.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 306) leciona que o princípio da proporcionalidade é:

...um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Ora, se o judiciário irá valer-se da proporcionalidade para controle das políticas públicas, a admissão prévia deste recurso, desde sempre, por parte do administrador só faz adiantar a concepção adequada à proteção dos direitos fundamentais. Uma decisão administrativa tomada na observância da proporcionalidade, a propósito, não é passível de ser sindicada pelo Poder Judiciário, se o juízo que fará for exclusivamente aquele. Isto em homenagem à separação de poderes, já que a escolha discricionária consoante a uma ordem constitucional e ao melhor interesse público não carece de reforma.

E mais. Se a proporcionalidade é parâmetro interpretativo, a revelar no caso concreto, a finalidade pública constitucional torna-se ferramental imprescindível a qualquer agente público e não somente de magistrados.

1.2 DISCRICIONARIDADE, INTERESSE PÚBLICO E PONDERAÇÃO

Como se sabe o ato administrativo rege-se pela estrita legalidade (i). Este parece ser o critério primeiro a orientar uma tomada de decisão nesta seara. Quando presente e pertinente o preceito normativo, deve o representante do Poder

Executivo, ou da administração pública, dar-lhe cumprimento, a ele vinculando-se, sob pena de arbitrariedade. Sobejam, no entanto, os casos em que a adstrição legal não supre as circunstâncias moldadas pela riqueza da vida, impassível de um retrato legislativo fidedigno vinculador, notadamente nas questões atinentes aos Direitos Fundamentais.

Nestas hipóteses então, a melhor escolha pode restar não claramente revelada. É que, diante da potencial indeterminação legal, diversas escolhas devem surgir do exame fático, cabendo ao tomador de decisão valer-se de seu poder discricionário para eleger uma delas, e que dada tal liberdade não se admite sindicância judiciária (ii). Assim é que, se apresenta como critério informador da escolha, uma baliza consagrada até então, no direito administrativo, que consiste no reconhecimento de preponderância do interesse público sobre o privado (iii), refletindo na melhor proteção da coletividade em detrimento da individualidade.

Até aqui já se apresentaram “três paradigmas clássicos do direito administrativo”, ainda intensamente presentes, mas que segundo Binenbojm (2007, p. 126 – 127) “se encontram em xeque na atualidade”, especialmente por conta da “constitucionalização do direito administrativo” e “pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia”. Trata-se, portanto, do agora controvertido princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; da adstrição administrativa à positividade da lei e; a intangibilidade das decisões discricionárias da Administração Pública.

Desta transformação, ainda em andamento, para Binenbojm (2007, p. 128-129), três rupturas se impõem: i) a administração passa a vincular-se primeiramente à Constituição, e não mais à Lei; ii) saber o que é interesse público e se eventualmente há precedência sobre o particular, depende de um juízo de ponderação; iii) a margem discricionária exige uma otimização do grau de legitimidade.

Um processo de tomada de decisão, para ser consoante a uma realidade democrática, com ares e espírito constitucional, permeada portanto, pelo direito e pela igualdade, não se dá ao sabor de quem detém a vez da escolha. Superada a legalidade, outra vinculação se impõe: a imperatividade de optar bem, com legitimidade e, segundo uma ordem constitucional.

Não se trata de uma visão estritamente utilitarista, segundo a qual o bem estar geral está acima de quaisquer outras questões. O fato de a melhor escolha impor-se não significa de modo algum que esta seja sempre a opção tendente a satisfazer a coletividade ou ao menos a maioria, com depressão da individualidade ou do grupo vencido. Este pragmatismo extremado não pode assegurar minimamente o respeito aos direitos fundamentais, – embora, “em inúmeros contextos, torna-se possível defender direitos fundamentais a partir de argumentos utilitaristas” (SARMENTO, 2006, p. 279) - eis que uma maioria, por muitas vezes, pode não se importar ou ignorar a consequência de uma irrestrita supremacia da sua vontade. Neste passo, basta imaginar a implícita legitimação da tortura, havida para benefício da segurança nacional, ou então, a devassa da vida privada à menor alegação de qualquer desvirtuação pública.

Na jurisdição administrativa, assim tomada, o julgador não pode imiscuir-se na esfera discricionária do administrador, enquanto este puder atribuir conteúdo ótimo às suas decisões. Contudo, e, sobretudo no paradigma vigente, sob uma crescente constitucionalização do Direito Administrativo e das políticas públicas, o ato administrativo cada vez mais deve se adequar a uma proporcionalidade, a uma razoabilidade de suas escolhas, sob pena de, aí sim, sofrer controle judicial.

Ora, isto é a essência de uma administração que pretende ocupar-se de um bem comum, que, segundo Rodriguez de Santiago, admite uma via adequada, a saber (2000, p. 17):

La ponderación como método de obligado cumplimiento por La Administración en el ejercicio de sus competencias de planificación, por su parte, se a mostrado como la vía más adecuada para hacer compatible la libertad conformadora con la que cuenta la Administración en este ámbito con la necesaria sujeción a la ley, de forma tal que ya se há dicho en la doctrina que com más profundidad se há ocupado de esta cuestión que la ponderación pertenece a la esencia misma de la competencia administrativa de planificación em un Estado de Derecho.

A discussão acerca do que seja interesse público pode se mostrar infundável. Definir a melhor estratégia administrativa a partir deste conceito, além de limitar o exercício da ponderação, pode conduzir a caminhos tortuosos. De qualquer forma o conceito não deve ser desprezado, e uma melhor aceção está em considerar que o “interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a

ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública”. (BINENBOJM, 2007, p. 148)

Não se diga mais, portanto, que o ato administrativo deve sempre pautar-se por uma supremacia do interesse público, como pretende Bandeira de Mello (2003, p. 60). Não se diga que esta supremacia seja absoluta, pois não se pode negar que os direitos individuais gozam de ampla proteção assim como os coletivos; que interesse de todos passa pelo interesse de cada um; que público e privado não tem uma relação de precedência, mas sim de complementaridade; que a prevalência de um não pode anular o outro.

A margem discricionária não se refere à finalidade do ato administrativo que é sempre vinculada⁹, pelo menos em sentido amplo, ao interesse público. A possibilidade de escolha do administrador está no objeto, ou conteúdo do ato. É aí que importa reconhecer a discricionariedade, na medida em que, legalmente, há diversos objetos supostamente aptos a atingir um fim. Há interesse público na defesa dos direitos fundamentais e também na preservação da ordem e da segurança. Então, não é a finalidade que resolve a questão, mas o caminho com que se pretende alcançar aquele desiderato.

Ainda para Rodriguez de Santiago o terreno torna-se fértil à ponderação, quando da conformação discricionária à lei e aos objetivos públicos (2000, p. 81):

Sucede a veces, sin embargo, que no puede hablarse de un único fin de la norma, sino de *dos (o más) que se encuentran en una situación de tensión recíproca*. El criterio que há de guiar la actuación de la Administración en estos casos es el de encontrar un punto de equilibrio adecuado en el cumplimiento de aquéllos, de forma tal que en unos supuestos, por las circunstancias concurrentes, se dé prevalência a um fin, y entonces la consecuencia jurídica que se escoja sea uma de las previstas por la norma;

Mas guardadas certas circunstâncias, a decisão pode quedar-se, ou exigir-se, inteiramente diferente, ainda que a norma genérica seja exatamente a mesma, assim como o tomador de decisão, e os destinatários, por isto segue o autor (2000, p. 81 – 82): “Y, en otros, en los que concurren otras circunstancias, la precedência haya que otorgarla al fin (...) contrapuesto, lo que debe conducir a la elección de otra

⁹ Em sentido contrário, configurando posição minoritária: MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 410.

de las consecuencias jurídicas previstas normativamente”. Seja como for, a toda evidência, “el camino para la aplicación del método de la ponderación queda abierto”.

Desta forma é que a ponderação de princípios, bens e interesses é sobremaneira preciosa ao administrador e ao Estado Democrático de Direito. Dentro da esfera discricionária suas escolhas devem se conformar ao melhor interesse da sociedade e dos indivíduos. É neste sentido que a ponderação pode fornecer um instrumental valioso a legitimar os atos administrativos. E mais, a ponderação presta-se a conformar o interesse público, segundo um constitucionalismo irradiador e calcado em direitos fundamentais, razão pela qual Odete Medauar (2001, p. 153) afirmou que a prevalência do interesse público “vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra o sacrifício ‘a priori’ de nenhum interesse”. Senão veja-se como chega à mesma conclusão Gustavo Binimbojm: (2007, p. 151)

Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos chamar de **melhor interesse público**, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública. (com grifo no original)

Por outro lado é possível não se falar em negar ou desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, como defende Sarmiento (2007, p.115). Alternativa melhor parece estar contida em Iuri Mattos de Carvalho (2007, p.7), que propõe uma reconstrução do princípio, com vistas aos direitos fundamentais presentes em cada situação: “a definição de interesse público precisa reafirmar a vinculação da atuação administrativa aos direitos fundamentais, ao momento em que favorece o processo de constitucionalização do Direito Administrativo”. É que em alguma medida deve se considerar a extensão de dado benefício, de forma que, superado o exercício de ponderação, ainda assim, se deva decidir ao final com alguma prevalência de um sobre o outro, no que o melhor interesse público seja o que satisfaça em maior proporção a totalidade dos administrados.

Note-se que, dentro deste espaço discricionário é que se dão as escolhas de caráter axiológico, ou seja, o administrador está adstrito a legalidade, aos comandos deontológicos até o momento em que surge a esfera de liberdade. Aqui a decisão deve-se pautar em construções axiológicas que respeitem os Direitos Fundamentais, numa perspectiva de interesse público submetido aos ditames constitucionais vigentes.

Justamente nesta esfera, em homenagem a separação dos poderes e o equilíbrio que propõe, é que é vedado ao judiciário interferir. Isto é, ao julgador não é dado fazer avaliação valorativa acerca do ato administrativo que se vale, legitimadamente, de preceitos axiológicos para determinar a variação em sua decisão, já que há uma “impossibilidade lógica e material de o legislador prever toda a gama infinita de circunstâncias que podem apresentar-se no mundo empírico” (OLIVEIRA, 2007, p. 94). Não o fará, o judiciário, ao menos se a tomada de decisão estiver minimamente ancorada numa cientificidade que de espraiar-se pelas práticas públicas, institucionalizando-se.

A discricionariedade em Araújo (2005, p. 68) tem sentido de opções que significam indiferentes jurídicos, pois seriam todas igualmente válidas. Entretanto nem todas as opções válidas deverão ser tidas como igualmente boas. Se, por exemplo, a lei impõe à unidade federativa, o dever da execução penal, com muitas peculiaridades não tratadas, como a alocação e o tipo de pessoal para aquele desiderato, é da margem discricionária eleger, no melhor interesse público, os recursos humanos consoantes ao preconizado pelas finalidades da pena. O estado pode lançar mão então, de efetivo próprio contratado e treinado especificamente, pode valer-se de forma igualmente válida de um corpo de voluntários multidisciplinar, profissionais especializados, como recorrer ao contingente militar, ou mesmo ao efetivo da Polícia Civil¹⁰.

Ora, esta constatação só vem confirmar a crítica terceira acima proposta, já que, em se tratando de espaço de liberdade a ser preenchido por valores da administração e dos administrados, quando realizados dentro de uma subjacente ordem constitucional, não há que se falar em controle jurisdicional, mas em liberdade

¹⁰ O Presídio da Papuda no Distrito Federal conta com efetivo permanente da Polícia Civil, encarregado das tarefas de carceragem, escolta, controle e fiscalização.

administrativa conformada aos preceitos legais e aos objetivos públicos, senão em razão de critérios de proporcionalidade.

1.3 MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE

O “método” proposto por Alexy consiste, basicamente, na aplicação das máximas da ponderação, o que pretende conferir um status de racionalidade objetiva. Resumem-se à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ante uma colisão entre princípios constitucionais ou entre princípios e bens e interesses coletivos, deve o julgador, por meio destas regras, identificar o precedente entre eles, dando-lhe prevalência sobre o outro que deve ceder. Contudo, aquele valor afastado ou mitigado não perde validade e nem mesmo a ele é necessário adicionar uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008, p. 93)

Sua grande atratividade e certo magnetismo se dão possivelmente pelo apelo racional implícito e pela lógica sedutora - afeita ao pensamento humano - na medida em que todas as pessoas, ao longo de suas vidas, em um processo natural, precisam em certos momentos, ou mesmo rotineiramente, fazer escolhas em detrimento de outras. Mais atraente ainda é a proposta de que este algo de que se abre mão não o é em definitivo, mas sim temporário, apenas naquele caso específico.

Suponha-se que dada decisão administrativa, construída nos moldes que se propõe a ponderação, mantenha presos em condições desumanas. Como a decisão que nega transferência de unidade prisional, desconhecendo dos argumentos acerca da superlotação, existência de doenças contagiosas, maus-tratos, etc. Suponha-se ainda que tal decisão seja proferida em razão da colisão que se apresenta entre Direitos Fundamentais do Preso, notadamente a dignidade, integridade física e psíquica, e Segurança Pública, ou seja, entre um princípio constitucional e um bem coletivo. Tal sentença imagine-se, torna, no caso concreto, o bem coletivo prevalente em relação ao princípio, sem, contudo desdizê-lo. O princípio não é negado, mas apenas afastado ante o caso concreto. O juiz prolator da decisão,

caso o faça rigorosamente, deverá enfrentar as máximas da proporcionalidade, ao fundamentar a sentença.

Para tanto Alexy (2008, p.90 -91) reúne regras e princípios sob o conceito de normas. Explica, para além das tradicionais distinções entre regras e princípios, que há uma dimensão qualitativa entre ambos. Ou seja, as primeiras têm as características de serem em todas as hipóteses satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, regras contêm “determinações”. Já os princípios contêm um comando de realização na maior medida possível. São, portanto, “mandamentos de otimização” a serem realizados tanto quanto melhor, ante uma ordem concreta de valores, no que se tornará um juízo de custo/benefício. O limite de ambas as normas é fático e jurídico:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

É exatamente esta distinção qualitativa que permite à ponderação trabalhar, com algo que se assemelha a uma massa moldável e que vez ou outra pode até se deformar, ceder espaço, mas não perder a essência e o conteúdo. Estes permaneceriam intactos, suscetíveis de serem aplicados plenamente em outros casos. Assim, a relativização dos direitos fundamentais do preso, naquele exemplo, poderia ao final não significar um desrespeito irretratável, mas apenas uma contingência fática limitadora.

Ocorre que isto não se dá no campo da intuição ou da subjetividade. Para que se chegue a uma conclusão assim, evidentemente traumática, é necessário submeter as variáveis ao crivo da adequabilidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, com um imprescindível compromisso de aprofundamento da discussão.

Ou seja, se a escolha for a relativização de direitos fundamentais, deve restar claro que isto foi adequado (o meio é hábil a realizar sua finalidade) e necessário (não havia meio menos gravoso) e sobretudo, que esta interferência no princípio deve assegurar, numa relação custo/benefício, de modo substancial a realização da segurança pública, afeiçoando-se à lei da proporcionalidade: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (ALEXY, 1991, p. 78).

Pelo subprincípio da necessidade avalia-se se o meio eleito causa o menor prejuízo possível. Desta forma, quando se visualizam ao menos dois meios para alcançar um objetivo, sendo factível que um deles deva ser descartado por causar algum dano de maior extensão do que o outro, a opção menos gravosa se impõe.

No tocante a necessidade ainda, deve-se exigir amparado em Canotilho (1998, p. 387), além da opção pelo meio menos gravoso, que esta se refira inclusive as dimensões da necessidade temporal, no que se refere à exigência de precisa delimitação do período de restrição; necessidade pessoal que deverá circunscrever exata e intranscendentemente as pessoas afetadas; exigibilidade material no sentido de preservar ao máximo os bens e interesses não prevalentes no caso concreto; e finalmente a necessidade espacial que delimitará claramente o espaço de intervenção.

Mas é no exame da adequabilidade que reside o filtro de maior responsabilidade e que na maioria das vezes pode afastar a própria colisão. Seja qual for a escolha do administrador, este deverá demonstrar que a medida é apta a consecução do fim a que se propõe. No caso em apreço, uma vez constatado a perpetuação de uma prática depressora de direitos fundamentais, confrontando com a finalidade da pena e com os índices de reincidência, dentre inúmeras outras variáveis deve o administrador demonstrar como este meio permite alcançar tal fim.

A proporcionalidade em sentido estrito só surge após serem ultrapassadas as duas máximas anteriores. Desta forma, adequabilidade e necessidades funcionam como uma espécie de *firewall*, uma resistência à ponderação cabal. Isto porque apenas nesta última etapa é que se constroem os juízos permissivos de uma relativização, com vistas a um juízo do razoável. Aqui se amolda um princípio na medida

necessária ao avanço de outro. Funciona como se o campo de atuação dos princípios, bens e interesses fosse maleável, de forma que ao inflar uma extremidade, se reduziria, em mesmo volume a outra.

Por fim, uma decisão assim, orientada pela ponderação, deve esclarecer, exaustivamente, quais são as razões fáticas e jurídicas que a conduziram. Isto é, havendo uma obrigação na realização dos princípios na maior medida possível, a restrição deve ser largamente justificada, como única forma de conferir legitimidade à ação estatal.

1.4 NÃO HÁ PONDERAÇÃO NOS CASOS EM QUE SE APLICA DIRETAMENTE A LEGISLAÇÃO: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Chamado a decidir o administrador, comumente, vê-se diante de uma circunstância concreta não perfeitamente amoldável a um parâmetro genérico e abstrato contido na lei, não raras vezes, se depara com dois ou mais mandamentos igualmente aplicáveis e não raras vezes de índole constitucional. Diante da realidade, do caso complexo e de difícil solução em apreço, já que o melhor interesse não está claramente revelado e, que está a exigir encaminhamento, o administrador então, primeiramente, contempla a lei, rogando-lhe uma resposta indubitosa. Nesta fase é claro, busca-se um comando legal abstrato que possa adequadamente, e preferencialmente sem antinomias ou sem uma dupla incidência, orientar a ação do representante público, dentro de uma legalidade estrita. Neste processo a proporcionalidade não se aplica a rigor, mas tão somente a subsunção direta, muito embora sua presença já deva ter sido notada ao menos, em momento anterior, quando do processo legislativo.

A proporcionalidade, materializada com as regras de ponderação, são portanto necessárias numa etapa subsequente, quando houver. A não correspondência

explícita entre o que esta ocorrendo no mundo da vida (caso concreto) e o que esta previsto na norma vigente, inaugura a margem discricionária administrativa. E mais, a incidência de dois comandos normativos (protetivos de bens e interesses), igualmente aplicáveis, que no mundo do dever-ser encontram-se num mesmo patamar, só revela a melhor opção ante as devidas considerações acerca do caso em concreto, em especial condições fáticas e jurídicas. Na verdade a suposta margem de liberdade do administrador, que à primeira vista aparenta autorizar tanto uma como outra escolha, deve ser limitada pela técnica da ponderação.

Problema constante então está na ausência de valoração de origem legislativa, o que pode proporcionar ao judiciário e ao administrador uma oportunidade/obrigação residual e inafastável.

A omissão de mediação legislativa – para utilizar aqui a expressão no sentido que emprega Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 147) - que é a seara primeira competente para interpretar e reproduzir os valores prevalentes em uma sociedade, ante a exigência de solução para os casos concretos, na riqueza de possibilidades que a vida proporciona, obriga o juiz e o administrador a decidir ainda que lacunosa, inexistente ou ambígua seja a lei. Eis que ao julgador é imposta a inafastabilidade da jurisdição e ao administrador se impõe o peso da omissão.

Esta ausência não se configura, por exemplo, no julgamento do HC 82424, conhecido na doutrina como Caso Ellwanger. Condenado originalmente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o impetrante pugnava pelo reconhecimento de que os Judeus não constituem uma raça do ponto de vista biológico, histórico e cultural. Assim, acatada a tese, o crime praticado por Ellwanger teria sido da injúria. Ou seja, afastando-se a configuração de racismo automaticamente não haveria que se falar em imprescritibilidade. Na qualidade de sucedâneo recursal, o *Habeas Corpus*, se concedido, na prática, livraria o autor da pena, pois o crime de injúria estaria prescrito. Ao negar o *writ* o STF estaria submetendo o caso ao regime da imprescritibilidade de índole constitucional.

Ora, para sanar esta discussão e apresentar solução jurídica, não há que se falar em colisão de princípios, não ao menos que seja juridicamente relevante para a solução deste caso concreto. Há sim, legislação aplicável ao caso. A questão que envolve valores, neste passo, já havia sido discutida em sede legislativa. Ao

legislador é que importa saber se tal imprescritibilidade fere a dignidade humana, se cerceia a liberdade de expressão, fere a honra e quais são os valores mais caros à sociedade. É neste sentido que Virgílio Afonso da Silva (2005, p.168) questiona o método empregado pelo STF:

Ora, no caso em questão, o legislador já havia feito o seu sopesamento, ao considerar crime inafiançável e imprescritível o crime de racismo (Lei 7.716/1989, art. 20, com a redação dada pela Lei 8.081/1990). Aqui nem ao menos interessa a posição do legislador acerca da possibilidade de se incluir a dignidade da pessoa humana em um processo de sopesamento, já que a decisão foi a favor da dignidade e contra a liberdade de expressão.

Mesma conclusão, só que por via transversa, chega Cattoni de Oliveira, que assim se expressou ao prefaciá-la obra de Alexandre de Castro Coura (2009, p. 15):

A questão, no Caso Ellwanger, como também mostra o Professor Alexandre de Castro Coura, não deveria ter sido compreendida como uma colisão entre valores, em que se julga se a liberdade de expressão é melhor ou pior do que, ou para, a promoção da dignidade humana; mas sim julgar se houve, afinal, em face do caso concreto, crime de racismo ou não, à luz das pretensões normativas, defendidas na argumentação sustentada pelos envolvidos, e que poderiam ser reputadas abusivas ou não. [...] Tratava-se, assim, de crime de racismo e não do exercício regular do direito de liberdade de expressão, justificando-se, assim, a não concessão do HC.

O que se quer explicitar aqui é que o caso Ellwanger, nos termos tomados pelos ministros do STF, carece de rigorosidade na aplicação metodológica da ponderação. Um sério e comprometido sopesamento aqui não se aplica ante a mediação legislativa pré-existente, e neste ponto ambas correntes doutrinárias dirão, por motivos diferentes, que a ponderação não se aplica ao caso concreto. Para os dois autores em apreço aplica-se a Lei em comento e ao STF caberia no máximo discutir se os Judeus constituem raça ou não. Isto importa em sério prejuízo no uso paradigmático do caso para sustentar uma crítica à proporcionalidade e ao emprego das máximas da ponderação.

Um exemplo emblemático, do qual pode se extrair defesa e crítica, igualmente, está no caso Lebach, que foi trazido por Alexy (2008, p.100). Neste caso uma emissora de televisão pretendia repetir a transmissão de documentário acerca de um crime ocorrido perto da cidade de Lebach na Alemanha. Desta feita quatro soldados do

exército Alemão foram mortos enquanto dormiam e armas e munições foram roubadas. Ocorre que se pretendia apresentar tal documentário em momento próximo a soltura de um dos acusados do crime, e quando não mais havia interesse público no caso, ao menos quanto a atualidade. Este por sua vez, entendia que seus direitos seriam desrespeitados, sobretudo os da personalidade, pois o documentário apresentaria sua foto e nome, retomando a ojeriza por seus atos passados, ameaçando o processo de ressocialização. Não obtendo êxito na esfera Estadual para suspender a transmissão, ajuizou reclamação constitucional.

Neste exemplo, em que a Corte Constitucional Alemã identificou de um lado o direito de proteção a personalidade e de outro o direito de informação, numa “inequívoca colisão entre princípios”, nos dizeres de Alexy (20008., p. 100), sem que haja mediação legislativa prévia aplicável ao contexto, é que se pode partir para uma avaliação de razoabilidade. Neste caso não há óbices à aplicação da teoria da ponderação. O exercício metodológico promovido pela corte Alemã foi rigorosamente sopesador, estabelecendo prevalências entre princípios efetivamente aplicáveis ao caso e efetivamente colidentes. É possível que caso semelhante na jurisdição brasileira ainda esteja por vir, entretanto, na vida administrativa sobram casos de mesma espécie.

O que se quer com este exemplo, por ora, não é dizer que a ponderação não padece das críticas contra ela desferidas. O uso do caso Ellwanger não desqualifica as críticas consistentes que se fazem à jurisprudência de valores, mas por outro lado não permite toda a extensão de análise que se pode realizar. A reflexão aqui é no sentido de averiguar se a ponderação realizada no caso Ellwanger, a exemplo de muitos outros no Brasil, se afeiçoa com a rigorosidade do método. Saber se a recorrência indevida à ponderação admite um julgamento ativista, no sentido de permitir uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, 2008, p. 6)

Uma grave perturbação da ordem pública, materializada na prática de diversos crimes, como a que ocorre durante uma rebelião ou motim de presos não dá margem ao administrador para ponderar acerca da necessidade da intervenção policial. O legislador cuidou do tema exaustivamente no momento oportuno,

editando leis que são aplicáveis ao caso, ao estilo subsuntivo, inequívoco. Não foi tão preciso, contudo, na explicitação das formas com que se deve buscar as finalidades da pena. Alguns pormenores da execução penal não foram tratados suficientemente na Lei, exigindo aí a integração administrativa. Os casos que não são mediados pela legislação em vigor é que podem suscitar confronto em concreto.

A adstrição à legalidade aflora, mirando-se de todo e qualquer ângulo, no ordenamento jurídico pátrio. Desde a separação de poderes até a manutenção da democracia e dos direitos individuais, impende constatar que a administração pública só faz o que a lei autoriza. Não basta que o administrador atue de forma não contrária a lei, tal como é facultado ao particular. É preciso mais quando se trata das relações em que este toma parte (ARAÚJO, p. 39-40), em especial porque se conduzem as políticas públicas.

A discricionariedade e proporcionalidade não são, por sua vez, de forma alguma uma via para a relativização do princípio da legalidade. Ao administrador não é facultado atender o comando legal, elaborando juízos de oportunidade e conveniência ou atribuindo-lhe maior ou menor amplitude.

Para melhor explicitação do que aqui se quer enfatizar, uma reflexão exemplificativa se faz necessário: Imagine-se o comando legal que atribuí ao Estado o dever da segurança pública. Pois bem, trata-se de uma norma indubitosa que está condicionando o administrador a velar por um bem coletivo, especialmente caro. A discricionariedade não está em preservar a segurança ou deixar de preservar, o que já foi indiscutivelmente afetado.

A margem de liberdade do administrador consiste na eleição e consecução dos meios hábeis a realizar suas finalidades. No caso da segurança pública, inúmeras possibilidades se apresentam, incumbindo ao administrador eleger aquelas julgadas razoáveis e proporcionais, além de eficientes. Se então um terrorista é detido e muitas pessoas correm risco de vida, em razão do potencial e iminente atentado, cabe ao agente público competente atuar segundo aquele comando constitucional que lhe atribuí o dever da segurança pública.

Contudo a técnica policial e os meios a serem empregados não foram explicitados na lei, senão no que se refere genericamente à própria legalidade da forma. Isto

implica na eliminação imediata de todos os recursos contrários ao ordenamento jurídico, em especial os violentos.

No caso uma potencial colisão de princípios poderia ser antevista. De um lado tem-se a segurança pública e a integridade física de determinadas pessoas e de outro a dignidade humana, também atinente ao criminoso. Uma ponderação entre estes direitos, levando em conta uma possibilidade de intervenção física e psíquica violenta, não é autorizada no âmbito administrativo, e ao que tudo indica também no âmbito judiciário, já que a lei vedou expressamente, por exemplo, a tortura¹¹.

Alguém diria, ancorado possivelmente numa ampla aceitação da opinião pública: devem-se relativizar os direitos fundamentais do terrorista a fim de melhor preservar os direitos fundamentais da coletividade. Uma análise neste sentido não é possível no momento de atuação administrativa, em razão da estrita legalidade. Como se vê a proporcionalidade não se presta a justificar o descumprimento da lei e a inobservância da estrita legalidade. A proporcionalidade seria útil aqui, no exame das hipóteses não contrárias às leis, como na discussão acerca da forma de prevenção e repressão do fato. Decisões como a razoabilidade de se proceder a averiguação ou a evacuação de locais públicos, estão entre as opções válidas da administração.

¹¹ Art. 5º, III da CF/1988 e Lei 9.455/1997.

2 APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO: MILITARIZAÇÃO CRÔNICA DOS PRESÍDIOS CAPIXABAS

A necessidade de ater-se a um caso em específico, como fonte autorizadora da ponderação, atende à construção principiológica imanente do direito constitucional. A posição de prevalência admitida por cada princípio tutelado somente é revelada quando da incidência real, momento em que será aplicado de modo ótimo. O reverso, isto é, uma escala de valores prévios em abstrato, subverte a natureza dos princípios, já que não podem ser escalonados no plano teórico e não devem ser realizados ao modo do tudo ou nada.

... a adequação constitucional de uma ponderação de bens realizada com vista à otimização dos vários bens constitucionais só pode ser apurada no caso concreto, pois, partir da possibilidade de a fazer decorrer mecanicamente de uma pretensa ordem hierarquizada e abstrata de valores constitucionais, seria incorrer numa tirania dos valores e não atender à natureza principal dos direitos fundamentais essencialmente avessa a uma pré-determinação constitucional hierarquizada mais própria de uma errônea concepção das normas jusfundamentais como regras. (NOVAES, 2003, p. 691-692)

Voltando-se então, para um dado caso em específico, e aqui se trata da política penitenciária, no exercício comprometido da busca de uma escolha ótima, é que a proporcionalidade, por sua possibilidade de ponderação, tem lugar. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*” (Alexy, 2008, P. 95)

Eleger estipulada atitude, tomada como escolha ótima, em detrimento de outra, exige uma fundamentação consistente, que passa necessariamente pela demonstração de que seja necessária, adequada, e proporcional em sentido estrito e que, desta forma, deve distanciar-se das meras intuições e das ingerências tendenciosas ou casuísticas. Uma situação assim está na questão prisional como se verá adiante. Por hora diga-se apenas que a proporcionalidade contém o instrumental necessário à legitimação das escolhas públicas no âmbito das circunstâncias concretas, por esta razão, ponderáveis entre si.

Como se verá adiante os direitos, bens, interesses convergem em abstrato. Obviamente que a proteção ampla dos direitos individuais e coletivos coexiste

pacificamente no campo da idealização. Já no momento de sua realização e proteção, quando presente a divergência natural de interesses é que a proporcionalidade tem lugar. Mas esta exigência de concretização se refere a casos isolados e a casos que, pela semelhança e recorrência possam ser aglutinados em uma única situação.

As intervenções militares em presídios podem ser vistas isoladamente, o que exige um exame de proporcionalidade distinto daquele que se realiza quando o que se considera é a militarização dos presídios.

É de bem se destacar que uma intervenção pontual, *a priori*, guarda peculiaridades que podem satisfazer um exame rigoroso de proporcionalidade. Assim, diante de uma unidade prisional rebelada, com iminente risco para a ordem pública, avaliadas as circunstâncias fáticas e jurídicas pode-se até chegar a um resultado justificador de uma intervenção militar temporária e necessária.

Coisa diversa é a militarização de presídios como prática perene, subjacente a uma política pública uníssona e duradoura, muito embora negada publicamente. O caso concreto aqui é a política pública fática, real, e não cada embrenhada militar isoladamente, que nada mais são do que pequenas partes do todo. O presente trabalho apresenta como caso concreto a militarização dos presídios, verificada ininterruptamente a mais de uma década no Estado do Espírito Santo.

2.1 PRISÕES: COMO SE CHEGA A 2006

Esta história inicia-se com o surgimento da própria pena privativa de liberdade. Edmundo Oliveira (1997, p. 5) ensina que “a prisão é velha como a memória do homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panacéia penal a que se recorre em todo o mundo.” De fato a pena restritiva de liberdade acompanha a humanidade desde antes de sua institucionalização e consequente assunção posterior pelo Estado, sendo ele próprio muito mais recente. Na verdade não é

possível precisar o seu exato momento de surgimento, restando tão somente à imaginação e às evidências de que ela existe desde as mais primitivas organizações sociais.

Tal como ocorre há muito tempo a pena de prisão é a mais marcante forma de sanção penal dada ao Estado-juiz. Através deste poderoso instrumento de coação, repressão e prevenção o Estado pretende fazer valer seu ordenamento jurídico, garantindo harmonia e paz social. A prisão-pena se traduz na supressão temporária¹² da liberdade de locomoção, imposta por sentença penal¹³ àquele que venha a ferir determinados bens jurídicos especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Por ser medida extrema, goza de ampla proteção constitucional que impõe o devido processo legal¹⁴, assegurado o contraditório e ampla defesa¹⁵, pessoalidade e individualização¹⁶, cumprimento em estabelecimento distinto, observadas a natureza do delito, sexo e idade do apenado¹⁷. Assegura-se ainda o respeito à integridade física e moral do preso¹⁸.

Ademais, a pena deverá ser proporcional ao crime praticado, com vistas às suas finalidades, as quais exalam dos valores apregoados por um Estado Democrático de Direito. A lei que define o crime deverá vigir ao tempo do fato¹⁹ e ser editada anteriormente a ele²⁰, sendo vedada a retroatividade, salvo para beneficiar o réu²¹.

Tamanhas garantias evidenciam a preocupação do próprio Poder Constituinte Originário ante a gravidade da medida restritiva de liberdade. Os direitos ali elencados são a expressão dos valores maiores do Estado Democrático de Direito, constituindo direitos e garantias individuais. Por tal condição não são passíveis sequer de revisão por parte do Poder Constituinte Derivado ante a expressa vedação constitucional²², pois trata-se de verdadeiras cláusulas pétreas.

¹² No Brasil não há pena perpétua ou pena de morte, exceto nos casos de guerra. Art. 5º XLVII, "a" e "b" da CF/88

¹³ Exceto nos casos de prisão civil como o de depositário infiel e do inadimplente em prestar alimentos e ainda nos casos de prisão administrativa, admitida entre os militares.

¹⁴ Cf. Art. 5º LIV da CF/88.

¹⁵ Cf. Art. 5º LV da CF/88

¹⁶ Cf. Art. 5º XLV e XLVI da CF/88

¹⁷ Cf. Art. 5º XLVIII da CF/88.

¹⁸ Cf. Art. 5º XLIX da CF/88.

¹⁹ Cf. Art. 5º XXXIX da CF/88.

²⁰ Cf. Art. 5º XXXIX da CF/88.

²¹ Cf. Art. 5º XL da CF/88.

²² Cf. Art. 60º §4º, LV da CF/88.

Embora a Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, estabeleça ainda as penas de perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, é na privação da liberdade que o Estado-juiz encontra o último recurso até mesmo para assegurar o cumprimento das demais, à exceção da multa que, uma vez não prestada converte-se em dívida de valor, nos termos do art. 51 do Código Penal Brasileiro. Daí a afirmação de “panacéia penal”.

Tanto isto é verdade que o § 4º do Art. 44 do Código Penal Brasileiro impõe a pena privativa de liberdade frente ao descumprimento injustificado da restrição de direitos: § 4º “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.” [...]. Portanto, a autoridade judicial que se deparar com o não cumprimento de medida (pena) menos gravosa que a restrição da liberdade, terá como instrumento de coação e sanção, exatamente esta extremada pena que priva a liberdade.

A mesma conclusão se extrai da interpretação do art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa [...].

Ou seja, todo sistema penal baseia-se na pena de prisão. Ainda que seja possível a substituição da pena, o fato típico não será considerado crime a menos que contenha a cominação da pena de reclusão ou detenção. Poderá ainda ser alternativo (pena ou multa, *ex vi*), ou cumulativo (pena e multa, *ex vi*), mas jamais, ou ao menos por hora, poderá estar ausente a potencial restrição da liberdade²³, mesmo que de forma residual.

²³ A Lei 11.343/06 em seu art. 28, ao elencar no Capítulo III, DOS CRIMES E DAS PENAS, o crime de uso de drogas criou uma figura *sui generis*, visto que não se aplica ao fato típico a pena restritiva de liberdade, contrariando o conceito extraído da Lei de Introdução ao Código Penal. Como se vê o usuário se sujeitará à advertência, prestação de serviço à comunidade e comparecimento compulsório a programa ou curso educativo. No caso de descumprimento o juiz está limitado à admoestação verbal e multa, que como já se viu se converte em dívida de valor e não em prisão. Ou seja, a restrição da liberdade não tem lugar, mesmo diante do não cumprimento injustificado. A inovação parece seguir a lógica de que o uso de drogas é doença e como tal passível de tratamento médico e não de prisão. Entretanto, não deixa de qualificar a conduta como crime e sujeito a pena.

Esta política criminal deve se identificar com a finalidade preventiva da pena, bem como com a retributiva. A cominação legal pretende irradiar intimidação, seja ao apenado (prevenção especial), seja a todo potencial criminoso (prevenção geral), e a aplicação fática da sanção, que objetiva a retirada do criminoso do convívio social no intuito de estancar a atividade delitativa, guarda um senão de vingança pública.

Por tudo isto se convencionou atribuir à prisão a qualidade de “coluna dorsal” do ordenamento jurídico penal, não obstante as dificuldades sejam patentes, tal como se reportou Albergaria (1996, p.39):

Sem embargo da crítica à pena privativa de liberdade, ela continuará sendo no futuro a espinha dorsal do sistema penal e é a única sanção aplicável em casos de grave criminalidade e multirreincidência [sic]. Tentou-se, porém, diminuir os seus inconvenientes não só com a diminuição de seu grau máximo, como com a humanização de sua execução.

O caráter deletério, a ineficiência fática e atestada pelos altos índices de reincidência, a dificuldade de re-inserção social e econômica do egresso, o alto custo, o inegável sentimento de impunidade, o fracasso do intuito intimidador, a opressão à família e tudo mais quanto comporta de negativo o sistema prisional, chamado pelo autor, de maneira acanhada, como “inconvenientes”, tem levado à constatação de que este regime, embora inafastável, deve ser evitado ao máximo, e quando inevitável, deve cumprir sua finalidade.

Edmundo Oliveira (1997, p. 7-8) mostra que a pena de prisão, nos moldes em que hoje é concebida, é necessária e indispensável, mas não cumpriria sua finalidade, ao reverso:

De qualquer modo, o fato é que hoje em dia não podemos passar sem ela. A quem pretende infringir a lei é preciso oferecer um contra-estímulo, um motivo para não fazê-lo. O grande lamento é que neste final de século a prisão continue a se apresentar como um espetáculo deprimente, atingindo além da pessoa do delinqüente: orfana filhos de pai vivo; enviúva a esposa de marido combalido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o Estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade.

Apesar de ter a obra sido escrita há mais de 10 (dez) anos é fácil constatar que pouca coisa mudou desde então, já que muitas práticas, a exemplo da militarização, têm se perpetuado. Certamente que o leitor desatento à referência atribuiria o texto à contemporaneidade. O autor vai ainda mais longe enumerando as mazelas do cárcere, com plena atualidade:

Eis a razão pela qual se diz, a todo instante, que a prisão:

- a) não serve para o que diz servir;
- b) neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores;
- c) estigmatiza o ser humano;
- d) funciona como máquina de reprodução da carreira do crime;
- e) introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária;
- f) estimula o processo de despersonalização
- g) **legitima o desrespeito aos direitos humanos.** (grifou-se)

Enganam-se os que pensam ou defendem, então, que o sistema prisional deve ou pode ser banido²⁴. Pois diante de tamanhas dificuldades poder-se-ia pensar que não se presta a nada. De fato, no atual estado de deterioração a prisão presta-se, em regra, ao inverso do que se propõe e configura-se diariamente como carecedora de intervenção armada. Entretanto, o próprio autor traça princípios norteadores que, caso sejam verdadeiramente almejados e implementados, possibilitam à prisão alcançar suas finalidades (OLIVEIRA, 1997, p. 9):

Ao contrário, para realizar plenamente os seus fins, a pena deve ser:

- a) proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente;
- b) eficaz na defesa da sociedade;
- c) reparadora do dano causado;
- d) exemplar para todos;
- e) tranqüilizadora dos homens de bem;
- f) medicinal para o próprio delinqüente;
- g) alicerce para o exercício da cidadania.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, a quem incumbe o dever de traçar as diretrizes, portanto, da Política Criminal e Penitenciária, especialmente quanto à prevenção do delito e execução das penas, com vistas aos

²⁴ Uma defesa em favor do abolicionismo penal pode ser vista em; HULSMAN, Louk & CELIS, Bernat J de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

problemas já mencionados, editou a seguinte norma²⁵, sob o título de Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária:

Art. 3º. São diretrizes referentes à elaboração legislativa:

I – descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção de **intervenção mínima do Direito Penal**; (grifou-se)

II – defesa do instituto das penas alternativas, como forma de evitar a **privação de liberdade**, que deve ser imposta excepcionalmente, qual **ultima ratio**; [sic] (grifou-se)

III – manutenção do **regime progressivo** de cumprimento de penas, independentemente da natureza do crime praticado; (grifou-se)

IV – **oposição ao alargamento** das hipóteses de incidência da **prisão sem condenação**, medida sempre excepcional; (grifou-se)

[...]

São várias então, as formas que se podem buscar para evitar a aplicação da pena de prisão ou fazê-la de modo adequado. Não obstante, esta persistirá, ainda que minimizada e amplamente repudiada. Assim, resta frisar que, sendo uma realidade inafastável e motivo de intensa inquietação social, há de se buscar a eficácia no seu cumprimento, o que somente se dá por ações administrativas compatíveis que vão muito além do enfrentamento bélico.

No tocante à problemática vivida em âmbito nacional, muitas são as vozes que se levantam no intuito de diagnosticar o atual estado de caos e deterioração. Cite-se, *ex vi*, Cezar Roberto Bitencourt (2001), que dedicou uma obra inteira sobre o tema, chamando-a de Falência da pena de prisão: causas e alternativas. Na verdade, o estado atual das coisas trouxe à luz uma discussão irremediável acerca da “falência da pena de prisão” ao redor do mundo, da qual o Brasil não pode escapar de ser um exemplo robusto. Da obra se extraí algumas alternativas, sobretudo aquelas que contemplam soluções ponderadas. Contudo, não se pode olvidar que a pena privativa de liberdade é ainda o fundamento, como já dito anteriormente, do direito penal, pois “a pena é um mal necessário” (BITENCOURT, 2001, p.121).

Na visão do autor não é o instituto em si que não funciona, apesar de muitas críticas recaírem sobre ele, mas sim as circunstâncias que o cercam (BITENCOURT, 2001, p.231):

²⁵ Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária nº 16 de 17 de dezembro de 2003.

Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado. A superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.

Observa-se portanto, que o que causa a anunciada falência da pena de prisão é, sobretudo, a ausência de investimentos públicos suficientes ou adequados que confirmem eficiência ao sistema. Por certo, a questão é perpassada pela vontade política, muitas vezes determinada pela exposição da mídia, e que oscila tão rapidamente quanto os temas que despertam o interesse volátil da imprensa.

Quanto ao sistema penal brasileiro especificamente Gevan Almeida (2002, p. 85), referindo-se a ocasião em que representantes da Câmara dos Deputados de São Paulo se dignaram a visitar dezessete estabelecimentos penitenciários e várias delegacias de polícia daquele Estado, transcreveu a conclusão declarada pelo Deputado Marcos Rolim: “A sensação que tivemos é que o sistema de prisões que existe hoje é totalmente fora da lei, uma reinvenção do inferno”. Conhecesse o sistema prisional capixaba possivelmente faltaríamos adjetivos ao parlamentar.

Na mesma esteira Adeildo Nunes (NUNES, 2005, p. 177) acrescenta, estupefato, sua indignação:

Para se ter uma idéia da triste realidade prisional brasileira e da forma como ela é tratada pelos órgãos responsáveis pela sua administração, foi amplamente divulgado que um boneco de palha, vestido com uma velha farda da Polícia Militar do Estado de São Paulo, substituíra um policial na segurança, do Centro de Detenção Provisória de Taubaté, interior de São Paulo.

Todo o exposto, e muito mais que não comporta este trabalho, levou a Câmara dos Deputados a instaurar, em 22/08/2007, uma Comissão Parlamentar de Inquérito, presidida pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Neucimar Fraga - PR/ES, visando à investigação da realidade prisional brasileira e a busca pelo efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal.

No Estado do Espírito Santo - que não se distingue das demais unidades federativas, senão pela maior gravidade da situação e, padece das mesmas mazelas que cercam o próprio instituto da prisão - a estratégia de enfrentamento pela lógica da repressão tem sempre lugar privilegiado²⁶, no mínimo, por mais de uma década. Côncios da inafastabilidade da prisão, os administradores contemporâneos não têm relutado em tratar da questão a partir do ponto de vista do enfrentamento bélico. Tal como ocorre na Segurança Pública, em sentido *latu*, a questão prisional tem sido tratada, quase que invariavelmente e exclusivamente, como “caso de polícia”.

Em terras capixabas a história toma corpo a partir do ano de 1999²⁷, no então governo do Exmo. Sr. José Ignácio Ferreira. Neste ano, a Polícia Militar foi convocada, através do Decreto nº 4.405, de 02/02/1999, a realizar uma ampla intervenção no sistema prisional, sendo que grande parte do efetivo ali utilizado permanece nos presídios até os dias atuais. A partir deste momento tornou-se frequente e legítimo que militares ocupassem os cargos de direção de presídios, cargos de secretário e subsecretário de justiça, que incumbisse à PM a escolta, movimentação interna, controle de visitas, contagem, entrega de alimentação e demais utensílios, guarda interna e externa, dentre outras tarefas, ou até mesmo, todas as tarefas administrativas e operacionais. O ato interventor foi posteriormente prorrogado pelos Decretos nº 4.497 - N, de 27/07/1999 e Decreto nº 007-R, de 07/02/2000; e ampliado pelos Decreto nº 7.562-E, de 03/12/1999 e Decreto nº 109-R, de 18/05/2000, passando a contemplar as unidades prisionais do interior do Estado.

²⁶ A afirmação não significa a ausência de iniciativas louváveis, mas que infelizmente não têm se consistido na regra.

²⁷ Neste ano foi promovida uma intervenção maciça nos presídios capixabas, tendo como fundamento legal os constantes dos decretos citados na sequência, e como recurso único a utilização indistinta da PMES, nas mais variadas tarefas do cárcere.

Esta ampla ocupação jamais foi revogada integralmente ou expressamente²⁸ e no emblemático ano de 2006 houve o ápice da militarização dos presídios. Este ano foi marcado por um total descontrole do sistema carcerário, já demonstrando que a intensa repressão miliciana, havida mais intensamente desde o ano de 1.999, não podia resolver a questão. Os reclusos deflagraram então o que se chamou de mega-rebelião, que abrangeu os maiores presídios da capital e alguns do interior. Dentre as reivindicações, surpreendentemente para quem não labuta diretamente no sistema, estavam, sobretudo, direitos fundamentais como saúde e respeito à integridade física.

Este ano de 2006 também ficou marcado pela ousadia criminosa, resultante da falta de habilidade das políticas públicas de encarceramento e segurança. A imposição do medo, sem fim econômico direto e/ou aparente, se deu pela difusão da idéia do poderio criminoso e da ausência do Estado, enquanto as autoridades, atônitas, se esforçaram em dizer que se tratava de uma reação contra o combate ao crime.

O poder criminoso, propalado a partir das carceragens capixabas, mostrou-se incontestável nos episódios da queima dos ônibus na região metropolitana de Vitória. Entre os anos de 2004 e 2006 foram incendiados cerca de 30 coletivos. Apesar do esforço oficial²⁹ em não evidenciar a participação dos detentos nos episódios, o envolvimento restou evidente.

Em 07 de Janeiro de 2005 o Sr. Andre Luiz Moreira, então Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/ES elaborou um relatório³⁰ em que constatava a real situação:

Estamos divulgando um Relatório com fotos encaminhado pela Vara de Execuções Penais do Espírito Santo e um texto do Conselho Estadual de Direitos Humanos, sobre a tortura a que foram submetidos os detentos do Presídio de Segurança Máxima (PSMA), situado no município de Viana, neste Estado.

²⁸ Considerando o amplo e permanente emprego em larga escala no sistema prisional, sem, contudo, até então, haver qualquer contrapartida governamental aos militares, editou-se a Lei Estadual nº 6.473/2000, que em seu art. 4º concedeu uma gratificação pecuniária prisional, incorporada aos vencimentos mensais, extensiva a todos os militares empenhados diuturnamente na contenção prisional. Em 2004 o Sr. Cmt Geral da PMES autorizou, para além dos efetivos alocados diretamente nas unidades prisionais e na Secretaria de Justiça, o pagamento da gratificação aos militares do BME, reconhecendo seu emprego rotineiro e diário no sistema prisional. A Lei em comento encontra-se vigendo plenamente até os dias atuais.

²⁹ Em 20/01/2006 a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social, publicou uma nota à imprensa, através de seu site: <<http://www.sesp.es.gov.br/modules/news/print.php?storyid=48>>, acesso em 12 ago. 2007, decretando o sigilo das investigações. Os fatos não haviam sido esclarecidos plenamente até o meio do ano de 2007.

³⁰ Conselho Estadual dos Direitos Humanos. [Cmi-brasil-editorial] **Ataques aos ônibus em Vitória - 1ª Parte** Disponível em : <<http://lists.indymedia.org>>. Acesso em 12 ago. 2007.

A tortura acima relatada, segundo informações da própria inteligência do Governo, foi o que motivou os ataques aos ônibus ocorridos em 18/11/2004.

O Governo tinha ciência da tortura e de sua ligação com o ataque aos ônibus, mas preferiu utilizar-se do fato de forma política, induzindo a população a acreditar que o ataque se devia a uma suposta ofensiva da Secretaria de Segurança contra o tráfico de drogas.

Em 13 de Julho de 2006, a despeito do reforço de 200 (duzentos) homens da Força Nacional de Segurança, mais um atentado a ônibus foi deflagrado. Na ocasião os criminosos deixaram um bilhete com o motorista do coletivo, e que foi assim transcrito³¹:

Estamos queimando mais um ônibus a pedido de irmãos que estão no sofrimento na Casa de Custódia de Viana, pela superlotação. Onde também se em contra presos do Mosesp II sofrendo por maus tratos, a falta de água, presos doentes - sem medicação -, e que também não estão recebendo visita, e nem a entrada de malote. Estamos esperando uma resposta com solução que possa ajudar aos irmãos que estão sofrendo. Assinado: o Crime. [sic]

Importante salientar que as ações delituosas que concretizaram estes ataques não tinham qualquer motivação econômica direta. Quer dizer, não foi verificado em nenhum dos casos que a queima dos coletivos ocorria após ou para facilitar um roubo por exemplo. Isto leva a conclusão de que a ação criminosa aproximou-se em muito do que se pode chamar de terrorismo. De fato o que se viu nas ruas da Grande Vitória foi o pavor emanado das masmorras penais. Ao que tudo indica tais ações intentavam o afrouxamento da política de abandono no sistema prisional.

O clima de pânico, previamente instaurado, fez com que as pessoas se apressassem para chegar em casa no dia 25/05/2006. O comércio baixou as portas mais cedo, supermercados reforçaram a segurança, faculdades e escolas suspenderam as aulas noturnas e a polícia foi colocada de prontidão - para não dizer que isto é uma redundância neste Estado. Um bilhete deixado no Fórum

³¹ ROGÉRIO, Paulo. **Força Nacional não vai reforçar segurança após nova queima de ônibus**. Disponível em: <<http://www.seculodiario.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2007.

Criminal da Capital alcançou uma circulação em espantosa velocidade, proporcional ao medo, e dava conta de terríveis ataques iminentes³²:

Aviso importante a população e as autoridades deste estado, alerta urgente.

Nós do movimento dos presídios do espírito santo, atendendo pedido dos nossos líderes viemos esclarecer o seguinte:

Que devido a intransigência e da prepotência do Sr. Secretário de Segurança e do Juiz da Vara das execuções penais e do descaso do governo do estado para com os presos, decidimos o seguinte:

A partir das 16 horas de hoje dia 25 de maio, iremos invadir supermercados, escolas, bancos e faculdades, depreciando tudo em desafio a estes canalhas do governo que só querem benevolência.

Também no mesmo horário vamos incendiar vários ônibus do transcol e da grande vitória.

Pedimos a povo do nosso estado, a quem temos profundo respeito, que não saiam de casa hoje a partir deste horário e que as escolas também liberem seus alunos mais cedo, porque o bicho vai pegar. Assinado PCC, CV, [sic]

Dentre as várias ameaças estava a promessa de mais incêndios a ônibus e a clara advertência de que a ação partia do “movimento dos presídios do espírito santo” [sic]. Verídicas ou não, factíveis ou não, as informações foram suficientes para alarmar toda a população da Grande Vitória. Embora os ataques, ao menos naquela data, não tenham se consumado, o sobressalto da sociedade e a sensação de impotência permaneceram por longos dias. Naquele dia o cidadão comum foi preso, por presos, em sua própria morada.

Mas o Estado havia convocado a Força Nacional de Segurança, tropa militar que recebeu a missão de preservar a ordem por meio da repressão novamente, a exemplo do que já ocorria rotineiramente. Esta tropa interveio diretamente na Casa de Custódia de Viana e no Presídio de Segurança Máxima, principais unidades irradiadoras da insurgência, não demorando a surgirem denúncias de violência. Assim que aquela legião estrangeira desocupou os presídios, aparentemente “pacificando-os”, houve a sucessão por parte do Batalhão de Missões Especiais - BME e sua tropa de choque, dando mais do mesmo, por ser o seu *mister*.

Este contingente, especialmente treinado e capaz de revidar as mais cruéis e articuladas agressões, que se move pelo lema “não pergunte do que somos

³² DENICOLI, Sérgio. **Boatos sobre possíveis ataques do pcc e cv levam medo e pânico à população capixaba**. Disponível em: <<http://pontodeanalises.blogspot.com>>. Acesso em 15 ago. 2007.

capazes, dê-nos a missão³³”, foi eleito pela administração para atuar cento e oitenta e duas vezes (vide Tabela 1) no sistema prisional capixaba, além do período ininterrupto de intervenção, naquele mesmo ano de 2006³⁴. Note-se que esta não é uma tropa regular, que deva estar ordinariamente presente, junto ao sistema prisional ou mesmo junto à sociedade. Ao reverso, o BME, sede da tropa de choque, é o recurso tático policial de última ordem, tal como se pode depreender do próprio nome. Este efetivo militar, que é dotado de armas, equipamentos, contingente e treinamento específico deve ser utilizado tão somente quando a tropa regular – policiamento ostensivo preventivo - não apresenta condições de enfrentamento proporcionais à ameaça. É recurso essencialmente repressivo e não se presta a atividades ordinárias do policiamento ostensivo, tão pouco às atividades estranhas à missão policial, tal como a guarda de presos.

Isto importa dizer que, dia sim dia não, a situação era de tamanha gravidade que somente a tropa repressiva, de última reserva, podia contornar a situação, objetivando a “segurança pública e o interesse público”. Contudo, a um grande preço embutido: a relativização dos direitos fundamentais da pessoa.

QUADRO DEMONSTRATIVO DE OCORRÊNCIA

DESCRIÇÃO	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
APREENSÃO DE ARMAS DE FOGO	69	113	93	52	94	74	317	284	146
CUMPRIMENTO DE MBA E MP	32	49	48	24	31	31	195	196	73
FUGITIVOS RECAPTURADOS	2	14	12	14	19	45	69	116	11
CONTROLE DE DISTURBIOS CIVIS	14	22	4	16	14	5	15	2	3
OCORR. COM DROGAS	26	44	61	30	67	99	642	647	311
OCORRÊNCIAS/REBELIÕES EM PRESIDIOS	79	186	82	119	113	182	140	91	200
OCORR. COM REFÊNS	5	9	7	8	3	7	6	5	4
DETIDOS/PRESOS	166	281	379	172	270	449	1742	1686	675
EVENTOS/PRAÇAS DESPORTIVAS	9	24	46	47	77	34	29	16	6
REINTEGRAÇÃO DE POSSE	0	1	5	4	6	7	4	6	3
VEÍCULOS RECUPERADOS	8	24	13	8	13	19	51	34	14
OCORRENCIAS COM EXPLOSIVOS	3	9	6	9	12	6	24	6	4

Tabela 1 Fonte: Batalhão de Missões Especiais da PMES. Atualizado em 01.01.2010.

³³ O lema pode ser visualizado na fachada do prédio sede do Batalhão de Missões Especiais, localizado em Maruípe, Vitória/ES.

³⁴ O Batalhão de Missões Especiais foi empregado ininterruptamente a partir do dia 06/10/2006, sem data limite, nas dependências internas e externas da Casa de Custódia de Viana, de acordo com a Ordem de Serviço nº 035, assinada pelo Sr. Ten Cel Cmt do BME em 27/07/2006.

A resposta repetida que oferece o Estado, no entanto, já não pode mais convencer nem mesmo os milicianos, muito embora suas constatações não possam suplantar o condicionamento fático de suas ações. Uma corajosa demonstração da discordância foi publicada na revista semestral da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, e assinada por três policiais de excepcional visão (JUNIOR, SOUZA, ALBUQUERQUE, 2007, P. 128):

Percebe-se que, o sistema aplicado na Casa de Custódia é do tipo 'imediatista de controle carcerário'. A aparente calma é fruto de um imenso desgaste da Polícia Militar 'em tentar apagar um incêndio incontrollável', cuja solução não lhe pertence. Uma soma considerável de recursos públicos é jogada mensalmente no ralo, apenas para se manter o controle intramuros de uma população carcerária que vive em masmorras medievais, sem qualquer ação governamental que indique uma saída.

Nos dias atuais não é diferente a postura da administração. Atualmente, ou seja, nos meses de junho e julho de 2009, a tropa de choque voltou a intervir ininterruptamente na Casa de Custódia de Viana,³⁵ além de intervir em duzentas ocorrências de rebelião (vide Tabela 1) . Desta feita, os deflagradores da recorrente resposta estatal, sob a inaceitável pecha da urgência, da segurança pública e do interesse público, foram o pedido de intervenção formulado pelo Diretor do Conselho Nacional de Políticas Criminais e a consequente inspeção do Conselho Nacional de Justiça³⁶. Uma das razões que levaram ao pedido de intervenção foram os constantes esquadrejamentos, algo que ocorria há mais de uma década, sem que os militares pudessem evitar.

A evidente militarização da questão prisional esteve inegavelmente também na escolha das pessoas incumbidas de cargos de chefia e execução no sistema prisional. Um exemplo cabal está na sucessão de coronéis da PMES à frente da

³⁵ O Batalhão de Missões Especiais foi empregado ininterruptamente a partir do dia 02/06/2009, sem data limite, nas dependências internas e externas da Casa de Custódia de Viana, que contava à época com cerca de 1.300 (hum mil e trezentos presos), inclusive os oriundos do Presídio de Segurança Máxima (desativado), de acordo com a Ordem de Serviço nº 047, assinada pelo Sr. Ten Cel Cmt do BME em 29/05/2009.

³⁶ Após detida visita à Unidades prisionais no Espírito Santo, nos dias 16 e 17 de abril de 2009, o Conselheiro do CNPCP, Sr. Sérgio Salomão Sheicaria, produziu relatório circunstanciado que, dentre diversas providências destacava a seguinte: Expedição de ofício ao Procurador Geral da República para que possa tomar as providências cabíveis, e em particular para que adote os procedimentos necessários para intervenção federal no Estado (nos termos do artigo 34, Inciso VII, alínea "b", c.c. artigo 36, III, ambos da Constituição Federal), para assegurar a observância de direitos da pessoa humana. O relatório pode ser visto na íntegra através do endereço eletrônico: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>, acessado em 07de set. 2010.

pasta da Secretaria da Justiça³⁷. Mais duradouro foi o império dos oficiais da reserva do exército brasileiro e da PMES no comando da subsecretária para assuntos prisionais, assim como a recorrência na direção de diversas unidades prisionais, por parte de militares estaduais. Na mesma esteira, isto é, dando mais do mesmo, recentemente o governo do Estado inaugurou duas novas unidades prisionais (2009), chamadas Centros de Detenção Provisória, sendo uma no município de Serra e outra em Guarapari, e para sua direção nomeou dois oficiais superiores da PMES³⁸.

A utilização de militares por si só, obviamente, não pode significar necessário desrespeito aos direitos fundamentais do preso. Na verdade o militarismo pode até mesmo proporcionar uma situação mais favorável em alguns casos extremos de antecedentes caóticos. Ocorre, porém, que, admitindo-se a finalidade ressocializadora da pena, e a formação do policial militar, acrescido da cultura institucional castrense que antagoniza o criminoso, se conclui que não há compatibilidade neste sentido. Acresça-se a isto o fato de que uma política de enfrentamento cotidiano, como é própria do militarismo, retroalimenta uma condição belicosa, segundo a qual ambos os envolvidos se munem de um aparato e de uma atitude hostil concernente àquele contexto. Ao passo que uma política humanizadora, pelos meios adequados, deve alimentar uma reação igualmente humanizadora. Ademais, a legislação aplicável à competência policial militar deixa uma única possibilidade de atuação neste contexto, e que é necessariamente temporária, bem como *ultima ratio*: a missão constitucional de preservação da ordem.

³⁷ A Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo foi comandada nos anos 1999 a 2000 pelo Coronel PM da reserva remunerada Sr. Luiz Sérgio Aurich; entre os anos de 2000 e 2002 pelo Coronel PM da reserva remunerada Sr. Edson Ribeiro do Carmo e; no ano de 2002 pelo Coronel PM da reserva remunerada o Sr. João Carlos Batista. Já o cargo de Subsecretário para assuntos prisionais foi ocupado, na primeira década do milênio e na última do milênio passado, por uma sucessão de Oficiais militares, a exemplo do Cel PM RR Paulo César; Cel EB RR Rogério Rodriguez Dias; Cel EB RR José Otávio Gonçalves; o Ten Ref Gildázio Klippel, assim como a corregedoria da Secretaria de Justiça e outras pastas, além de inúmeras unidades prisionais, direções setoriais, comandadas por militares da ativa e da reserva, da polícia militar e das forças armadas, conforme informações constantes do endereço eletrônico <http://www.sejus.es.gov.br/> e <http://www.pm.es.gov.br/> acessado em 07 de set. 2010.

³⁸ Por ocasião da inauguração do Centro de Detenção Provisória da Serra/ES, a exemplo do que ocorreu ao longo de toda a década, foi nomeado Diretor da Unidade Prisional o Sr. Major PM Alexandre Ofranti Ramalho, da ativa da PMES, conforme Decreto 422-S de 29/04/2009, publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, em 30/04/2009; Por ocasião da inauguração do Centro de Detenção Provisória de Guarapari/ES, foi nomeado Diretor da Unidade Prisional o Sr. Major PM Jocarly Martins de Aguiar Júnior, da ativa da PMES, conforme Decreto 534-S de 01/06/2009, publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, em 02/06/2009.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURANÇA PÚBLICA COLIDEM, NA REALIZAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE?

Com o passar dos tempos a idéia acerca das finalidades da pena privativa de liberdade sofreu diversas modificações. Na antiguidade não se utilizava a prisão como instrumento suficiente em si mesmo para a reprovação, retribuição ou prevenção do crime. A manutenção de um criminoso no cárcere se prestava à garantia processual, ou seja, o indivíduo era mantido recluso simplesmente para que a lei penal fosse aplicada, somente então seria imposta a verdadeira pena – em muitos casos tratava-se de castigo corporal -, distinta e posterior à privação da liberdade, evitando a frustração do processo.

Na idade média foi introduzida a pena privativa de liberdade como espécie de sanção. Neste contexto, foi decisiva a influência da Igreja católica que adotava prática semelhante, segregando seus seguidores e impondo penitência (de onde decorre o termo penitenciária), para fins de expiação do pecado.

Surge então, o que atualmente se convencionou chamar de Teoria Absoluta. Para esta corrente, a pena privativa de liberdade consiste em uma retribuição imposta ao criminoso sem preocupação com sua utilidade. Nada mais é do que o mal pelo mal, algo que se assemelharia ao Talião. Um castigo imposto àquele causador de um mal perpetrado mediante a prática criminosa.

Pouco mais à frente surgem as Teorias Relativas. Estas se voltam para o futuro e pretendem prevenir a ocorrência de novos delitos, seja pela intimidação, pela segregação do criminoso ou pela ressocialização. Nesse sentido filiam-se as teorias do constrangimento psicológico, da defesa social, da intimidação e da ameaça.

Finalmente, chega-se ao que hoje se reputa um entendimento mais adequado. Trata-se de uma mescla das duas teorias anteriores ao que se denomina Teoria Mista. Aliás, esta é a linha adotada pelo Direito Penal Brasileiro como se verá mais à frente.

Os adeptos desta teoria defendem que a pena se presta à retribuição, sendo mesmo um castigo imposto ao criminoso, como forma de punição pela violação a preceitos éticos, morais e jurídicos. Destina-se, também, a ressocialização, à semelhança da Teoria da Defesa Social. Contudo, é também finalidade da pena o intuito preventivo. Portanto, “um misto de educação e correção”, tal como se pronunciou Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 30).

Na verdade o aspecto preventivo aí retratado pretende aflorar de modo mais acentuado do que a retribuição. Esta característica parece que ganha relevância à medida que a sociedade evolui, passando a repudiar cada vez mais os suplícios de outrora. A pena passa a ter uma conotação mais objetiva e prática, buscando evitar novos crimes. Nesta mesma linha de conclusão Anabela Miranda Rodrigues (2001, p 30-31) evidencia a transformação:

A atribuição à pena desta finalidade de prevenção está associada à secularização do direito penal. Superada a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, a pena perdeu, em grande parte, a sua função de cunho retributivo. O direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade – uma “amarga necessidade”, como já foi dito – e a pena ganha uma finalidade não escatológica, mas terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial).

Quanto ainda, ao fim preventivo importa um pouco mais de atenção, uma vez que no Estado do Espírito Santo, de regra, esta finalidade declarada da pena é de duvidosa aplicabilidade. Não obstante, em relação às demais finalidades se pode verificar um evidente *déficit*. A retribuição dada ao apenado, como castigo pelo crime cometido, transcende em muito a razoabilidade e o objetivo, pois o condenado é lançado ao cárcere para ali viver e ser tratado de modo que em muito se assemelha ao que se dispensa aos animais. A ressocialização é insignificante. Afora poucas iniciativas, o ócio é a regra. Muitos especialistas no assunto se referem aos presídios como “universidades do crime”. Tudo isto para não afirmar que ressocializar em um país como o Brasil, pode ser um termo vazio, visto que muitas vezes o apenado sequer foi socializado.

Ainda assim, diante de um castigo desproporcional e por muitas vezes desumano, nota-se a reincidência e a escalada da criminalidade. Disto é cediço concluir que o fato de haver uma pena a ser atribuída ao criminoso não o desestimula de executar

ações delituosas. Quando muito é um temor atenuado pela enorme possibilidade de impunidade, pela perspectiva da fuga, ou pela certeza da manutenção das práticas delitivas, ainda que sob custódia do Estado e mesmo sob custódia da própria Polícia Militar.

No tocante ao caráter preventivo da pena, portanto, observam-se duas grandes vertentes: a) espera-se que o cidadão, diante da possibilidade de pena, não venha a cometer crimes (intimidação). A isto comumente chama-se prevenção geral ou primária, já que dirigida a toda sociedade. Ora, fosse assim o país não apresentaria índices de criminalidade e sensação de insegurança crescentes. Ao reverso, hoje se pode constatar que ter sido recluso é mesmo um título para determinados criminosos, uma “honra curricular”. Motivo de respeito no “submundo do crime”. Caso a reclusão seja cumprida em presídio de Segurança Máxima e se, o preso for submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado ele se tornará naturalmente um ícone entre os demais, exercendo imediato fascínio e admiração. Normalmente estes, que o sistema tratou com sua maior rigorosidade, se tornam líderes; b) por prevenção especial ou secundária temos a segregação do criminoso, identificado sob o manto do devido processo legal, que visa manter a sociedade segura até que o indivíduo tenha alcançado as condições necessárias para o retorno ao convívio social. Teoricamente, sim, contudo, não é o que se observa no Brasil e não seria diferente em terras capixabas. Algumas unidades prisionais são verdadeiros centros de comando do crime. Quartéis gerais. A partir dali se podem ordenar e executar homicídios, tráfico de drogas, queima de ônibus (terrorismo), roubos, greves de fórum, rebeliões e toda sorte de delitos.

Nesse sentido, elucidando o fim preventivo da pena, Carmen de Barros (2001, p.) nos mostra com qual finalidade foi concebida a pena de prisão no seu mister preventivo:

A prevenção especial tem em vista o indivíduo, refere-se ao delinqüente. O aspecto negativo da prevenção especial consiste na intimidação do agente, na sua inocuização para que não volte a delinqüir. Já o aspecto positivo refere-se à socialização, à reeducação ou à correção. A pena tem o fim de readaptar o indivíduo à vida social... Num primeiro momento ligadas às idéias de vergonha e arrependimento, num segundo momento de saneamento social, para a teoria da emenda, a pena tem função pedagógica. Na pena está compreendida a possibilidade de castigar-se

moralmente o homem que pecou, de constranger-se o delinqüente a tornar-se bom.

Afora a prevenção que se espera alcançar com o retorno assistido do recluso ao seio social – a reinserção social, não se pode negar que a prevenção ocorre também no momento em que o apenado encontra-se privado de sua liberdade. Por óbvio, este período deve ser hábil para a recuperação do delinqüente, ruptura da eventual atividade criminosa e defesa da sociedade. Deve também ser capaz de suscitar o sentimento de reprovação, impondo aflição ao réu e conforto à vítima, bem como deve pautar-se por um *quantum* que cause temor ao criminoso em potencial. Por tudo isto, mas em especial no que se refere à ressocialização, é que não se admite que o preso venha a cometer crimes na constância de sua sanção, sob pena de uma evidente frustração da medida que lhe é imposta.

A segregação temporária do apenado, com o objetivo de preservar a sociedade, é uma destas finalidades, notadamente preventiva. Surge então o dever jurídico do Estado de manter o condenado recluso, de modo a coibir novos delitos e mais, promovendo sua reeducação. Uma vez não cumprido este poder-dever, falha o poder público, invariavelmente por sua omissão resultante da ausência de vontade política. Este intuito preventivo surge bem antes, quando o agente se vê processado. Contudo, sua coroação estará expressa na sentença condenatória, oportunidade em que o magistrado pondera a pena aplicada com vistas a este objetivo, inclusive. A propósito, é exatamente o que preceitua o art. 59 do Código Penal Brasileiro:

O juiz, atendendo á culpabilidade, aos antecedentes, á conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime...**
(grifou-se)

Daí decorre o entendimento de que a Lei Penal Brasileira aderiu à Teoria Mista. Eis que o citado dispositivo conduz a tal conclusão, uma vez que o sistema penal brasileiro prevê castigo e defesa social.

Um ponto de partida inafastável na busca da reintegração social é a interrupção da trajetória criminosa do detento, pois não se pode esperar que este se recupere com a manutenção ou com o incremento de sua atividade delitativa. Ademais, é

inadmissível que venha o preso a cometer crimes, seja depois de liberto, momento que em tese conquistaria o *status* de cidadão recuperado e ressocializado, e com muito mais razão, a partir de sua identificação, detenção e durante o cumprimento da pena. Entretanto, a interrupção não pode ser mantida pelo policial antagonista do apenado, pois não existe isoladamente, devendo ser combinada sempre com as demais finalidades, o que não se alcança desta forma.

A condenação penal é resultado do devido processo penal, imposto pelo Estado, que concluiu pela existência de provas de um fato típico e ilícito. Entretanto, não se pode esquecer os fundamentos e fins do processo, da sentença e da pena. Comumente age-se como se a condenação fosse o final da história. Esquece-se que para o condenado é apenas o começo de uma tragédia, ainda que ele mesmo não tenha como saber. Aliás, esta concepção não é nova, Carnelutti (2000, p. 70), em sua célebre obra – *As Misérias do Processo Penal*, já apontava para esta questão:

Ocorre às pessoas, inclusive aos juristas, em relação à condenação, algo de análogo ao que ocorre quando um homem morre: o pronunciamento da condenação, pelo aparato que todos conhecem, é, mais ou menos, uma espécie de funeral, encerrada a cerimônia, uma vez que o imputado sai da cela e é levado pelos carabineiros é restaurada para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob certo aspecto pode-se assemelhar a penitenciária ao cemitério, mas se esquece que o condenado é um sepultado vivo.

Tal fato pode ter até significado para a vítima que se satisfaz com a condenação, pode também significar o fim do trabalho para policiais, promotores, juízes e serventuários. Contudo, jamais pode representar uma verdade para o preso, sua família e, por conseguinte para o Estado. Este último ainda tem muito por fazer, pois é certo que o preso retornará ao convívio social, e é dever do Estado mantê-lo afastado enquanto propicia as condições necessárias à reinserção.

A Constituição do Estado do Espírito Santo, *ex vi*, em seu Capítulo II - DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA ESTADUAL, estabelece no Art. 132, justamente esta finalidade penal, de onde se infere o dever da Unidade Federativa:

Art. 132. A política penitenciária estadual visa assegurar à promoção e valorização do indivíduo encarcerado, sua reintegração social, a garantia

dos seus direitos e a defesa de sua integridade física, psíquica e mental no período de cumprimento da pena.

No interesse de bem cumprir o ditame constitucional, a Lei infraconstitucional, recepcionada pela Carta Estadual, atribuiu à Secretaria de Justiça o dever da administração penitenciária. O art. 33 da Lei nº 3.043/75, em sua Seção VI estabelece:

Art. 33 - A Secretaria de Estado da Justiça tem como âmbito de ação o planejamento setorial das atividades substantivas de responsabilidade da Pasta; a promoção, no que couber, do cumprimento e observância das leis; o registro, guarda e proteção documental das leis estaduais; **a supervisão e fiscalização da aplicação de penas de reclusão e de detenção e a administração do sistema penitenciário; a articulação e supervisão dos programas assistenciais aos reclusos e seus familiares;** o relacionamento administrativo com os órgãos do Poder Judiciário; o relacionamento com autoridades consulares; o cadastramento e provimento e vacância dos ofícios e serventias da justiça; a perfeita integração com o Governo Federal sobre matéria de aplicação de justiça; o controle e orientação permanente dos órgãos e entidades integrantes do sistema comandado pela Pasta. (grifou-se)

Portanto, decorre da Lei a incumbência dada ao Estado para o cumprimento da pena, observando-se suas finalidades e não obstante a rigorosa observância dos Direitos Humanos. Da inobservância da Lei decorre a possibilidade de responsabilidade do gestor público alçado ao cargo a fim de cumprir as Leis e promover um bem comum, conforme se tratará adiante.

Esta exigência inafastável imposta ao Estado não importa em omissão da sociedade. Ao reverso, a participação social é determinante no processo. São inúmeros os meios pelo qual uma comunidade pode interagir com os reclusos, contribuindo para sua efetiva recuperação. Contudo, a sociedade civil organizada será gradualmente afastada ante a deterioração do sistema e sua militarização.

Para Gevan Almeida (2002, p. 88), o descumprimento das Leis por parte do Estado o torna hipócrita, como se vê: “Estamos, destarte, diante de um Estado hipócrita, que se acha legitimado a exigir do cidadão o cumprimento das Leis, mas que ele próprio – que as editou – não cumpre”. Além do adjetivo corajosamente utilizado pelo autor, não seria inadequado atribuir ao Estado o título de criminoso. Considerando-se a impropriedade do termo Estado criminoso, se diga, então,

gestores públicos criminosos. É que o Estado toma para si o dever da execução penal, não o faz satisfatoriamente, causando uma série de afetação à direitos elementares e depois recorre ao uso da força para contornar o mal que ele mesmo provocou. Mais à frente (2002, p. 91) o autor conclui: "... os fins da execução não têm sido alcançados, que a lei de execução tem sido impunemente descumprida pelas autoridades competentes..."

Mas boa parte do descumprimento da Lei tem sido justificada pelo intuito de preservação da ordem e de uma temerosa supremacia absoluta do interesse público. Esta realidade, constantemente alegada, contém em si uma afirmação perigosa segundo a qual deve se concluir forçosamente que: segurança pública não é compatível com a preservação integral dos direitos fundamentais do preso, em especial sua dignidade! A proteção da coletividade, encarada apenas na realização da segurança pública, seria, portanto sempre precedente a um direito individual, mesmo que se trate de um direito fundamental. A construção de uma justificativa nesta linha, ignorando que o interesse privado constitui fim do próprio Estado, tem por finalidade legitimar dadas práticas, dentre elas a recorrência por recursos militares.

Admitindo que um bem coletivo possa ser representado pela locução: interesse público e, que um dado direito individual seja considerado privado, tem-se que "o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins" (ÁVILA, 2007, p. 190).

Neste sentido, admitindo-se que as finalidades da pena traduzem direitos individuais do apenado, mas também um direito coletivo de ver o indivíduo reconduzido adequadamente à sociedade, favorecendo a segurança em geral, constata-se a convergência de ambos os interesses tutelados. Neste ponto de idealização não há colisão, nem ponderação:

Mas, antes de cogitar-se em ponderação, é necessário verificar se, de fato, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado. E aqui é importante destacar que com grande frequência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre estes e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualifiquem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham

valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. (SARMENTO, 2007, p. 81)

E segue o autor dando conta de que onde se valoriza os indivíduos de uma sociedade, em seus direitos individuais, particulares, se obtém melhores condições de vida, o que não ocorre nos locais em que há o desrespeito, fazendo surgir uma colisão artificial: “As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados”. (SARMENTO, 2007, p. 81)

A questão prisional então, frequentemente força o poder público, por sua própria atuação, se defrontar entre a Dignidade Humana, a preservação de seus direitos fundamentais e a segurança pública. Apesar da força constitucional que se atribuí, e de constituir verdadeiro fundamento da República, a Dignidade Humana tem sofrido constantes e quase unânimes derrotas frente àquele bem coletivo, quando o tema é encarceramento.

Robert Alexy (1991, p. 71 -72), ao discorrer sobre colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, afirma que uma colisão entre um bem coletivo, especialmente tutelado pela Lei fundamental e um princípio constitucional é possível, ao mesmo tempo em que evidencia o caráter ambivalente que cerca a questão:

O mais claro é o caráter ambivalente no bem coletivo clássico da segurança interna ou pública. O dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.

A atuação estatal equivocada ou insuficiente levou, ao menos em grande parte, o sistema prisional brasileiro ao caos, perverteu a confluência inegável que se afere na preservação da segurança pública e no respeito aos direitos fundamentais. Ao se deparar diariamente com a precariedade do cárcere nacional, o poder público é levado a fazer escolhas que já não podem mais ocultar as nefastas consequências.

Seguramente uma determinada interferência nos direitos fundamentais é legítima, como adiantou Alexy. Assim a retribuição limitada ao cerceamento da liberdade, que é direito fundamental, justifica-se inclusive do ponto de vista constitucional expreso. Trata-se de uma intervenção nestes direitos justificada e razoável – vê-se que nesta esfera o juízo de proporcionalidade já foi realizado pelo próprio constituinte originário-. Uma intervenção, entretanto, mais acentuada, como a admoestação física e psicológica, portanto grave, pode ser admitida em situações extremas, caso e somente se ultrapassar o filtro da razoabilidade³⁹. Ainda assim, a intervenção deverá ser temporária e examinada em detalhe.

A rigor não é necessário grande esforço para perceber que a preservação da segurança pública milita em favor dos direitos fundamentais, notadamente a dignidade humana. Tão pouco são necessários maiores argumentos para constatar que uma sociedade respeitadora dos direitos fundamentais deve gozar de paz e harmonia social em grau compatível com sua evolução. Transportados para o âmbito prisional, que por sua vez é informado por uma gama de finalidades no cumprimento da pena privativa de liberdade, se pode afirmar que a busca por estes fins privilegia tanto os direitos fundamentais - prevenção e ressocialização -, quanto a segurança pública – prevenção, retribuição e ressocialização. Por esta razões que Hilde Kaufmann (1977, p.55) assim se pronunciou:

la ejecución penal humanizada no sólo no pone em peligro la seguridad y El orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra La seguridad estatal

Medidas tendentes a inibir a prática do crime, sanção proporcional à lesão causada e preparação do indivíduo egresso para a retomada de um convívio social concernente ao que seja tomado como bom, são objetivos trabalhados para a satisfação da dignidade humana, na preservação de direitos inatos, para a consecução de uma sociedade livre da criminalidade. Portanto, este princípio constitucional da dignidade humana, ideário dos Direitos Fundamentais, fundamentador do próprio Estado Democrático de Direito, em todas as suas facetas, e o bem coletivo em apreço, igualmente caro, são conceitos que sempre convergem

³⁹ Deve-se antes, porém, se analisar o filtro da legalidade, já que a administração pública rege-se primeiramente por ele. Desta forma não se fale em tortura, já que a lei vedou a possibilidade expressamente e sua relativização foge das possibilidades do administrador. A afirmação somente tem espaço nos casos em que uma excludente da antijuridicidade se encontra presente, e então, a razoabilidade se refere tão somente aos meios empregados.

em abstrato,mas que, ante uma anomalia, no presente caso advinda do agir estatal, colidem em concreto.

2.3 MILITARISMO E LÓGICA DA CONTINUIDADE

Fator determinante na recorrência ao uso de militares para missões estranhas ao seu papel constitucional⁴⁰ é a submissão imanente nesta profissão. Calcados numa rígida disciplina e regime hierárquico impenetrável, os militares são mão-de-obra manobrável ao sabor de vontades, nem sempre legítimas. Além do regulamento brutal, os militares são submetidos a uma formação, seja a inicial ou a continuada, que garante uma reprodução impensada, traduzida no estrito cumprimento, incontestável, das ordens, além de se inserirem numa cultura profissional indesejada para fins da pena. Estas características tornam-se uma conveniente opção que assegurará a manutenção repetida e inabalada do sistema.

Em primeiro lugar cite-se o papel e a colocação histórica, tomada em curto prazo. As instituições militares, obviamente, foram aquelas que - se não foram as próprias signatárias, reveladas como verdadeiros aparelhos (repressivos) do Estado, nos dizeres de Althusser (1918, p. 67), atuando inclusive por intermédio da violência explícita - amoldaram-se mais perfeitamente à “cartilha” do regime militar, tornando-se, enquanto escola repetidora, no mínimo como Aparelho Ideológico do Estado (ALTHUSSER, 1918, p. 69), a reproduzir e inculcar fielmente os ditames de uma ordem arbitrária dominadora. Como se sabe, as práticas ditatoriais, desta história brasileira recente, afetaram diretamente as bases da educação brasileira e mais ainda as práticas educacionais da caserna, refletindo em toda a atividade.

⁴⁰ Torna-se inconstitucional o emprego indiscriminado e recorrente de policiais militares em missões que não sejam o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. A restauração da ordem no sistema prisional é de início missão constitucional das polícias militares, mas a manutenção de efetivo militar, ou a gestão do sistema por profissionais desta área evidencia um desvio de função não autorizado. Ademais, como já foi dito, não há compatibilidade entre os atributos profissionais das polícias militares e os fins propostos pela aplicação da pena privativa de liberdade.

Com o golpe de 1964, educadores imbuídos do novo⁴¹, viram o ideal de uma educação humana e modernizadora, ceder lugar a uma concepção tecnicista e meramente reprodutora. Nos quartéis, então, mais do que em qualquer outro lugar, a formação militar não passava da transferência de técnicas operacionais, havida mecanicamente de instrutor para aluno. Aí, com muito mais razão e imperatividade, não havia espaço para o diálogo, sob pena de estimular a malfadada subversão.

Envolto em uma realidade macro, o ensino militar (formação profissional) não alcançou melhor desempenho do que em outras searas. Não ao menos no que se refere ao desenvolvimento de habilidades e competências concernentes ao desempenho profissional num sentido comprometido com os ditames de uma nova ordem constitucional e com o ideal de um Estado Democrático de Direito. Ao reverso, determinados ingredientes, notadamente os inerentes ao militarismo, serviram para acentuar práticas pedagógicas ultrapassadas e opressoras - muito embora úteis e eficientes para propósitos escusos -, o que tem significado uma opção conformada e sempre muito acessível aos governantes.

Com isto, a exemplo do que ocorria em diversas outras áreas, consagraram-se “técnicas de ensino” fundadas na ação depositária (FREIRE, 2005), que se prestavam e consistiam na simples transmissão do conteúdo pré-formatado, emanado do professor-conhecedor (no caso o instrutor militar), ao aluno (funcionário público *sui generis* em formação) carente de conhecimento. Assim é que, as aulas e palestras puramente expositivas, desprovidas de qualquer elemento participativo que materializasse o processo de ensino-aprendizagem, tornaram-se a praxe da educação, e isto, com muito mais vigor no âmbito castrense, já que ali deveriam ser forjados modelos irradiadores.

A rígida e basilar doutrina disciplinadora e hierarquizadora também é ingrediente desta receita. Tomados como base do militarismo, hierarquia e disciplina foram levados às últimas instâncias no interior dos quartéis, como elemento condicionante e forjador do profissional a ser empregado como operador da segurança pública. O cego cumprimento aos regulamentos, ao apelo da disciplina, proporcionou uma identidade militar que, ao final, confundia homens com máquinas. Portanto,

41 Demerval Saviani (1983, p. 20) aponta que até 1960 a tendência no ensino era humanista, na vertente modernizadora: “...o período compreendido entre 1930 e 1960 caracterizou-se pelo predomínio da concepção humanista com progressivo avanço da versão moderna em detrimento da versão tradicional.

máquinas não pensam, não refletem, apenas executam, obedecem, devendo para tanto ser abastecidas, acionadas e manipuladas.

Este fenômeno, mais uma vez, não se restringiu aos bancos escolares, mas encontrou aí um terreno muito propício à disseminação. Na academia militar, mais do que em qualquer outra, dá-se então, perfeita e visivelmente o momento em que o professor ensina, dita o ensino, as regras do conhecimento e o aluno obedece, compassivo, “aprendendo”.

A hierarquia, levada ao extremo, criou verdadeiro “aparthaide” militar. A segmentação interna chegou ao ponto de impor aos oficiais um sentimento de ultraje, quando da inoportuna e indesejada convivência com as praças, seus subordinados. Por vezes a convivência com os civis também se mostraria “desnecessária”, ante um sentimento de superioridade e auto-suficiência. Durante longas décadas, com efeitos visíveis e recorrentes até os dias atuais, como efeito do que foi sobredito, apenas superiores detinham conhecimento considerado útil, a ser transmitido aos subordinados. Por conseguinte, apenas os detentores de patentes maiores poderiam ministrar aulas às menores. O mérito docente era aferido objetivamente apontando-se o posto ocupado. Consolidava-se assim, um conveniente sistema de inculcação e afunilamento das idéias.

A hierarquia então, presente nas salas de aula e nos quartéis, tornou-se rapidamente um instrumento eficiente para dar mais do mesmo. As peças se encaixaram perfeitamente, já que o detentor do conhecimento, a ser depositado (FREIRE, 2005) no aprendiz, deveria certamente ser de maior graduação, pois, além do mais, este não teria nada, dentro desta lógica, a aprender com um subalterno. A estratificação em graus hierárquicos fez aumentar ainda mais o distanciamento entre professor e aluno, superior e subordinado, militar e civil.

Somando-se à rígida hierarquia, transformada não raras vezes em autoritarismo, o momento histórico propagador, firmou-se um ambiente escolar de características tecnicistas, fundada exclusivamente em métodos expositivos, propício ao ser menos (FREIRE, 2005). O fenômeno então se transportou naturalmente para a vida profissional, momento em que a tropa tornou-se inteiramente conformada às ordens superiores.

Já a disciplina é capaz de assegurar a repetição impensada dos atos. O conteúdo recebido pelo aluno será tanto melhor reproduzido se presente o elemento disciplinador. Max Weber (1982, p. 294 – 300) apontou o surgimento da disciplina na guerra, o que une definitivamente o conceito aos idealizadores. De fato, cem soldados disciplinados podem derrotar mil mal organizados, uma constatação muito útil, na guerra e seguramente para o sistema capitalista.

O conceito foi então, mais uma vez, transportado para a segurança pública, onde não se vive uma guerra, não se combate um criminoso, visando sua eliminação, mas sim o controle da criminalidade (SILVA, 1990), que exige de seus protagonistas, por exemplo, ações inventivas e pró-ativas, dissociadas da disciplina massificadora. O conteúdo, no sentido descrito por Webber (1982, p. 292), foi introduzido nos bancos escolares dos aplicadores da lei, operadores da segurança pública, a exemplo do que se pratica nas forças armadas:

O conteúdo da disciplina é apenas a execução da ordem recebida, coerentemente racionalizada, metodicamente treinada, e exata, na qual toda crítica pessoal é incondicionalmente eliminada e o agente se torna um mecanismo preparado exclusivamente para a realização da ordem. Além disso, tal comportamento em relação às ordens é uniforme.

Em um campo de batalha, a ação disciplinada significa vida ou morte, vitória ou derrota. Impõe-se o adestramento, notadamente porque, agindo de forma isolada (indisciplinada) o combatente pode menos que em conjunto. Mas a atividade policial não é guerreira, pois não se vence um criminoso, já que a derrota é pré-existente. Ademais as ocorrências em que se envolvem não admitem respostas mecânicas, pelos simples fato de que são irrepetíveis e sujeitas a uma adequação social, uma consideração acerca de aspectos únicos da realidade social. Não obstante, em se tratando de sistema prisional, os militares apenas confirmam o que assimilaram solidamente em sua formação e, aparentemente é o que esperam os que os mobilizam.

Outro elemento importante, neste contexto que moldou o desempenho militar, é a cultura profissional imposta. Notadamente no período ditatorial, os militares foram conduzidos a uma verdade, segundo a qual seriam eles indivíduos a parte da sociedade. Isto é, haveria uma sociedade civil, na qual não se inseriam os militares. Um argumento tido como irrefutável estava na própria denominação dicotômica

(militar/civil), fragmentadora. A estes, os militares, incumbiria organizar e fiscalizar aquela, a sociedade civil distante e estranha carente de seu olhar sistematizado. A dicotomia também se transportou para a polarização entre policial e bandido, tornando-os, igualmente, antagônicos. Neste passo, caberia ao militar impor ações saneadoras e punitivas o que não incluí ações de prevenção e ressocialização.

Isto forçou uma cultura interna marcante, que implicava admitir que os “civis”, mais apropriada e até pejorativamente naquele contexto chamados de “paisanos”, e os criminosos, nada tinham a contribuir com a atividade militar ou com o desenvolvimento da sociedade, mas sim o contrário, pois seriam estes meros destinatários das doutrinas emanadas do quartel. Paradoxalmente havia a compreensão de que aos militares cabia realizar ações “civilizadoras”, adequando à sociedade civil ao modelo militar.

Tal alienação cultural fulminou decisivamente o elemento, desejável para todo e qualquer profissional, que consiste no comprometimento, ou melhor aplicado aqui como envolvimento. Isto porque só há compromisso, entre o profissional e seus destinatários, entre o profissional e seu *mister*, se houver uma compreensão reflexiva e, reflexiva na ação, necessariamente tomada sobre outra ótica, acerca da própria condição. A armadilha vivenciada aqui, isto é, a ingenuidade de tomar a realidade por suas partes, de forma estanque, minando o compromisso profissional, já era anunciada pelo educador Paulo Freire (2002, p. 21).

Não é possível um compromisso verdadeiro com a realidade, e com os homens concretos que nela e com ela estão, se desta realidade e destes homens se tem uma consciência ingênua. Não é possível um compromisso autêntico se, aquele que se julga comprometido, a realidade se apresenta como algo dado, estático e imutável. Se este olha e percebe a realidade enclausurada em departamentos estanques, Se não a vê e não a capta como uma totalidade, cujas partes se encontram em permanente interação. Daí sua ação não poder incidir sobre as partes isoladas, pensando que assim transforma a realidade, mas sobre a totalidade. É transformando a totalidade que se transformam as partes e não o contrário. No primeiro caso, sua ação, que estaria baseada numa visão ingênua, meramente “focalista” da realidade, não poderia constituir um compromisso.

Mais uma vez, o ingrediente acentuou a crença de que o alienígena deve sofrer uma ação transformadora por parte do militar protagonista, degenerando a oportunidade singular de compreensão e ação sobre a totalidade⁴².

Na verdade algo de mais pernicioso ocorria, pois antes fosse tomado, como papel em branco a ser preenchido, porque de fato, era tomado como alguém portador de vícios e ranços da vida civil (ou da vida criminosa) que precisavam ser eliminados. Uma vez livre da realidade indesejada que o acompanhou até sua incorporação ou até o momento da correção, o indivíduo estaria pronto para ser alvo (FREIRE, 2005), e a expressão era exatamente esta, da realidade castrense.

Por fim cabe apreciar as tradições militares não constantes dos currículos oficiais. Potencialmente até os dias atuais, as instituições militares, sobretudo as escolas de formação, são eficientes propagadoras de práticas, por vezes nobres e por outras odiosas, mas sempre recorrentes. Está a se dissertar acerca do que Silva (2003, p.78) assim conceituou, para o âmbito escolar: “O currículo oculto é constituído por aqueles aspectos do ambiente escolar que, sem fazerem parte do currículo oficial, explícito, contribuem, de forma implícita, para aprendizagens sociais relevantes”

De fato muito do que é assimilado naquele contexto decorre de dados ritos, conhecimentos e costumes não constantes da grade curricular padrão. Este conteúdo, ministrado, vivenciado e não anunciado, é forjado em grande parte segundo um arbitrário cultural imposto. É prática perpetuadora de um refazimento que Pierre Bourdieu (1970, p.25) assim identificou:

Numa formação social determinada, as diferentes AP⁴³, que não podem jamais ser definidas independentemente de sua dependência a um sistema das AP submetido ao efeito da dominação da AP dominante, tendem a reproduzir o sistema dos arbitrários culturais característico dessa formação social, isto é, o domínio do arbítrio cultural dominante, contribuindo por esse meio à reprodução das relações de força que colocam esse arbitrário cultural em posição dominante.

E mais, o conteúdo assim transmitido não requer necessariamente o uso dos meios convencionais – mesmo a violência física e psíquica - ou o uso da verbalização,

42Toma-se o termo no sentido que ensina Kosik (1995, p. 43 – 44): “ Na realidade, totalidade não significa todos os fatos. Totalidade significa: realidade como um todo estruturado, dialético, no qual ou do qual um fato qualquer (classes de gatos, conjuntos de fatos) pode vir a ser racionalmente compreendido”. Isto é, totalidade concreta.

43 O autor utiliza-se da abreviatura AP para referir-se às Ações Pedagógicas.

através da argumentação. Seu potencial está na simbologia implícita nos atos e fatos, desde a mensagem subjacente do simples proceder, até o exemplo reverberante do superior supostamente altivo. “O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daqueles que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras”. (BOURDIEU, 2004, p. 15)

Aquele que ministra tal conteúdo, instituindo, via de regra, a reprodução, o fará ainda melhor se não for reconhecido como arbitrário (BOURDIEU, 2004, p.14), o que se faz pela sedução e pelo fascínio tão característicos dos militares. Não obstante, seja também, bastante característico deles o arbítrio explícito, tão propagado e tão temido. Convivem então, com esta dualidade útil, valendo-se tanto do poder formal explícito como do simbólico.

Parte desta potência implícita está simbolizada no uso do uniforme. Obviamente não apenas por sua beleza e imponência, mas sim por tudo que representa, pelo temor subjacente, que muitas vezes dispensa a violência real, valendo-se da violência travestida, da violência historicamente já praticada, da prometida. A naturalização deste temor já foi constatada, bem como o uso indiscriminado deste poderio:

Em algum momento do nosso século se tornou comum a compreensão de que os homens uniformizados devem ser mais temidos. Os uniformes eram o símbolo dos servidores do estado, essa fonte de todo o poder e acima de tudo do poder coercitivo ajudado e favorecido pelo poder que absolve da desumanidade. Envergando uniformes, os homens se tornam esse poder em ação; envergando botas de cano alto, eles pisam, e pisam em ordem, em nome do estado. (BAUMAN, 1997, p. 28)

Impossível deixar de remeter à celebre e triste imagem apresentada por George Orwell, em que uma bota (coturno) esmaga um rosto humano. O real sentido desta imagem não consta dos currículos formais, mas seu conteúdo é assimilado quase que num processo osmótico. Na face oficial do discurso, que tangencia apenas a necessidade da manutenção da ordem, mesmo que em detrimento dos direitos fundamentais, os militares eram instruídos a pisar segundo o direito vigente. Neste retrato, hoje desestabilizador, estava contida uma mensagem “gritada”, veladamente, a todos os cantos, segundo a qual era o Estado a razão de toda a ordem, daí a gênese da arbitrariedade a que os militares serviram por muito tempo, fazendo escola.

O estado que vestiu homens de uniforme, de modo que estes pudessem ser reconhecidos e instruídos para pisar, e antecipadamente absolvidos da culpa de pisar, foi o estado que se encarou como a fonte, o defensor e a única garantia da vida ordeira: a ordem que protege o dique do caos. (BAUMAN, 1997, p. 28)

Algumas destas situações, senão todas, se entranham nas práticas pedagógicas da academia militar de hoje. São elementos marcantes e profundos que carecem de um tratamento sensível às agruras que contém. Por vezes estes fatores mostram-se como complicadores de um ensino adequado e esta constatação é, a toda evidência, inegável. Apenas um processo constante e duradouro será capaz de transformar esta herança, o que se faz, inicial e principalmente, com a introdução gradativa de novos ideais, novas políticas, metas e objetivos. Por ora a situação parece ser bastante conveniente a uma administração dedicada a um tratamento equivocado da questão prisional.

Muitos se perguntam acerca do elemento militar agregado à Polícia de Segurança Pública. Seria este um modelo adequado? Afora as questões históricas, as prováveis vantagens e desvantagens, o fato é que, a exemplo do que ocorre na guerra, o elemento condicionante do militarismo tem o condão de assegurar o fiel cumprimento das ordens, sob, praticamente, quaisquer circunstâncias. Na guerra é preciso certificar-se que o soldado enfrentará o risco e mesmo sacrificará sua própria vida, segundo um desiderato difundido. Certo ou não que isto seja adequado ao âmbito da segurança pública, resta, em última análise, a certeza de que o militar, neste contexto, também cumprirá a missão a ele designada. Então, por exemplo, ele subirá uma favela para combater um criminoso, mesmo que em desproporção de forças, se esta for a política de segurança nele inculcada. Ou então, permanecerá com seu fuzil em riste, pelo tempo necessário, disposto a defender sua posição a qualquer custo, para assegurar uma pseudo-ordem dentro de uma unidade prisional, caso esta seja a política prisional em andamento.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS REFÉNS DO CASUÍSMO

Com o crescente afastamento da idéia de que a Constituição significaria uma mera carta política de intenções, ou então, simples diretivas genéricas endereçadas, sobretudo ao legislador, surge como paradigma constitucional contemporâneo a idealidade de uma Constituição dotada de uma força normativa irradiante e uma consequente constitucionalização do direito⁴⁴ em seus mais variados ramos.

O primeiro fenômeno restou evidente com a assunção da defesa constitucional, por parte das cortes superiores ao redor do mundo, desde o precedente histórico no caso *Marbury vs. Madison*⁴⁵. Já a segunda assertiva tem se materializado na medida em que os mais variados ramos do direito, efetivamente, tem se valido, necessariamente, da lente constitucional para o exame da respectiva matéria, que anteriormente era tomada no sentido contrário, sob pena de um não reconhecimento jurídico.

O constitucionalismo moderno firmou-se então, trazendo consigo o mote de uma gama variada de direitos e garantias, em especial aqueles que consistem no próprio fundamento da existência humana. Trata-se de direitos protegidos portanto, pela própria Constituição, compreendida como instrumento máximo materializador.

À jurisdição constitucional cabe realizar a nova realidade constitucionalista, com a necessária contenção do poder e a garantia da soberania da lei, o que se faz, não raras vezes, em contraposição ao que seria a vontade da maioria ou ao que porventura se compreenda por supremacia do interesse público. Grosso modo, a democracia, se entendida rasteiramente como a ditadura de todos, deve esbarrar no filtro constitucional sempre que sua vontade ultrapasse os preceitos balizadores firmados previamente, ou queira valer-se de meios não reconhecidamente legítimos. Não diferente é a missão constitucional que deve ser reveladora do que seja

⁴⁴ Para Luis Roberto Barros (2010, p. 262) deve-se acrescentar ainda um terceiro elemento, de forma que o paradigma constitucional da atualidade resta informado por: "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional", o que ao final quer significar a mesma transformação acima descrita.

⁴⁵ A exigência de compatibilidade das leis infraconstitucionais, em relação à Constituição remonta ao precedente histórico da jurisprudência norte-americana, de 1803, no caso *William Marbury vs. James Madison*, contra uma disposição de lei, concernente à organização judiciária, que dava jurisdição originária à corte suprema nos casos de 'mandamus'.

verdadeiramente o interesse público, que não é necessariamente uma expressão da coletividade ou da maioria, e qual a melhor forma de realizá-lo.

Assim é que, por exemplo, exige-se do direito administrativo uma compreensão conformada primeiramente ao Estado Democrático de Direito, isto é, uma visão que privilegie os ideários democráticos, mas na mesma medida pautada por uma legalidade que se inaugura e se irradia da própria constituição (Direito). Este corolário é colocado à prova e tem confirmando ou não suas premissas, de forma eloquente, na consecução de direitos fundamentais.

Não seria nenhuma novidade dizer que, frequentemente e por razões diversas, o poder público toma decisões afastadas da lógica acima esposada. Por muitas vezes, e isto foi deveras comum em tempo passado recente, a divergência era perpetrada na base do arbítrio explícito, isto é, sem maiores esforços para uma legitimação justificadora aparente. Aí o convencimento poderia ser dado à força. Desta feita e com o passar do tempo, que lançou lentamente as devidas indagações rompedoras, ao se violar um direito fundamental, recorria-se e ainda se recorre a artifícios que, não raras vezes, passam pela justificativa “ponderada”, aos auspícios de uma supremacia do interesse público.

Há, contudo, um déficit de legitimação sintomático, seja pela apatia política, que fulmina a participação popular numa democracia rousseanista, seja pela perversão do que deveria ser uma tomada de decisão pela ponderação, seja pela amplitude incondicional e desmedida atribuída ao princípio balizador conhecido como a supremacia do interesse público. Por estas vias tortuosas os direitos fundamentais são constantemente sangrados, fazendo prevalecer mais uma vontade caprichosa ou arbitrária que a que seria extraída de uma hermenêutica constitucional consoante ao Estado Democrático de Direito.

Para Norberto Bobbio (1992, p. 151) há uma crise na participação popular, já que “uma democracia rousseauísta ou é participativa ou não é nada”:

A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre. Da soma desses três déficits de participação popular nasce a razão mais grave da crise, ou seja, a apatia política, o fenômeno, tantas vezes observado e lamentado, da

despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparelhos partidários.

A vivenciada indiferença política, sobretudo acerca de temas relevantes ligados aos direitos fundamentais, retratado na indiferença quase que generalizada e que vai se materializar na desmobilização social e política, torna-se hoje um elemento facilitador na corrupção dos fundamentos éticos balizadores das pessoas e instituições públicas. Ultrapassado, portanto, isto que seria um potencial limitador das opções públicas, é possível voltar-se tão-somente a uma construção teórica com vistas ao exame de uma suposta legalidade, que será apresentada à aprovação de uma opinião pública decadente.

Uma seara refém desta lógica perversa, vulnerável portanto, submetida constantemente às decisões estritamente pragmáticas e curtas da administração pública, é a prisional. Muito embora haja uma significativa representação militante dos direitos humanos, local e transnacional, a cada dia mais necessária, sua voz se faz presente tão-somente nos momentos de visibilidade do sistema e só pode assegurar uma volátil política de respeito. A cotidiana negação de direitos fundamentais aos presos não é matéria suficientemente contemplada na mídia e nem mesmo na academia. Isto porque só se transpõe a apatia neste tema quando do eminente e vermelho⁴⁶ risco social. De um modo geral o cidadão não se envolve com as questões da pena. Tão-pouco percebe que a sonegação de direitos aos presos só pode resultar em uma reversão em seu desfavor e em desfavor da natureza humana. Esta realidade transmite uma mensagem bastante clara que se reflete no conseqüente descaso estatal para com a questão.

⁴⁶ A expressão quer se referir ao risco associado à criminalidade violenta e cotidiana, isto é, a micro criminalidade suportada pelo cidadão. A convulsão no sistema prisional faz com que o cidadão comum tema de imediato por sua segurança, forçando assim, a superação de sua apatia. O termo quer ainda contrapor-se à criminalidade branca, que retrata as práticas delituosas não violentas mas tão danosas ou mais.

3.1 RAZÕES PARA SE RESPEITAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: RESTRIÇÕES AUTORIZADAS

Não falta quem atribua aos direitos fundamentais toda a centralidade dos ordenamentos jurídicos democráticos da atualidade. De fato, sobeja na doutrina e na jurisprudência a compreensão acerca dos atributos inafastáveis de tais direitos já positivados ou já reconhecidos de modo incontroverso. A propósito o rol de direitos fundamentais no Brasil, envolvendo os encarcerados, é de longe suficiente para reproduzir satisfatoriamente uma ordem internacional subjacente ao que se entende, mais amplamente, por Direitos Humanos⁴⁷. Ademais está supostamente superada a fase definidora dos direitos fundamentais, sento tanto mais urgente efetivá-los, tal como assevera a conhecida afirmação de Norberto Bobbio (2000, p. 45): “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-lo, e sim, o de protegê-los.

A sedimentação basilar dos direitos fundamentais mostra-se apta a representar uma linguagem única acerca do repúdio a toda sorte de violência, arbitrariedade e afronta a dignidade humana. Fundamental é o direito a uma existência compatível com a sacralidade da integridade (dignidade) humana, livre de intervenções externas que a conduzem para longe de sua essência harmoniosa.

Os direitos fundamentais são, a toda evidência, universais. Isto é, são devidos a todos os homens e mulheres pelo único fato de serem humanos. Não obstante a própria ordem constitucional prevê restrições aos direitos fundamentais, notadamente nos casos em que outros direitos devam ser assegurados precipuamente.

Questão recorrente está, contudo, na possibilidade ou não de restrição aos direitos fundamentais em razão da eventual colisão com outros bens e interesses

⁴⁷ Para Perez Luño (1999, p. 48) “los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Para Sarlet (2005, p. 35-36), na mesma linha de conclusão, “direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.

constitucionalmente tutelados o que pode ser considerado um limite externo. A discussão é especialmente significativa em razão do posicionamento adotado por Ronald Dworkin (2007). O autor norte americano lançou sua teoria acerca de regras e princípios estabelecendo uma distinção célebre entre eles. Dworkin afirma que os princípios, diferentemente das regras que são ou não aplicadas, “entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula” (2007, p. 114). Mais adiante o autor também promove uma diferenciação interna nos princípios que podem se revelar e se sustentar por argumentos de princípios e por argumentos de política. “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” (2007, p. 141). A percepção desta dicotomia determina a compreensão de que uma meta política se realiza e se protege de modo específico e diferenciado, menos forte, do que acontece com um direito.

Ocorre que Dworkin atribui aos direitos fundamentais um poder equivalente ao que se dá à carta de baralho previamente valorada como sendo um trunfo. O autor utiliza-se de uma metáfora bastante direta e clara para dizer que os direitos construídos sobre argumentos de princípios, em sentido estrito, prevalecem sempre sobre aqueles edificadas em argumentos de política. Isto é, os direitos individuais fundamentais não devem ceder em benefício de metas coletivas, quando porventura se verifique a necessidade de um ou outro.

Se a segurança pública - tomada como bem coletivo⁴⁸ – confronta-se com um direito fundamental qualquer, tem-se que o objetivo coletivo, não deve, em nenhum caso, prevalecer como sendo a “carta” de maior valor, já que foi lançado à mesa um trunfo. Este poder especial esta bem representado pela metáfora pois, uma vez reivindicado, lançado à mesa, será sempre prevalente. A solução aqui, para o autor, é indubitosa, o que não ocorreria tão facilmente quando do saque de dois trunfos simultaneamente.

⁴⁸ A denominação parece ser a mais acertada, pois, trata-se de, na medida de que é dever do Estado, mas também responsabilidade de todos, estímulo “as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo” (Dworkin, 2007, p. 143) A segurança pública evidencia-se como meta política, também, na Constituição do Estado do Espírito Santo, que em seu art. 124, caput, estabelece que ela “consiste em garantir às pessoas o pleno e livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos, sociais e políticos...”. Como se vê a segurança pública é meio de realização dos direitos fundamentais e não propriamente um direito fundamental, configurando-se muito melhor como meta a ser alcançada, maximizada, por uma comunidade.

Para Dworkin, portanto, um direito fundamental só pode ser desconsiderado em razão da existência de outros direitos de mesma índole. Neste passo, um afastamento dos direitos fundamentais dos presos não poderia ser justificado por necessidades conformadoras de um objetivo público. Prevaecem antes os direitos individuais. Um exemplo verossímil do que seria isto seria a completa vedação de ofensa ao direito de intimidade, em favor de um proveito atrelado à segurança pública, não obstante pudesse, ao reverso, ser trazido a exame uma relação de custo/benefício.

Em que pese a construção sólida da teoria de Dworkin é preciso analisá-la no Brasil através da lente constitucional pátria, considerando que se trata de um texto social. A realização dos direitos fundamentais passa necessariamente por uma postura ativa do Estado, na realização de políticas públicas, inclusive em uma dimensão coletiva. A idéia de direito-trunfo não parece, se absoluta, estar em consonância com a busca de ideais democráticos e sociais, até porque a realização individual não pode ocorrer afastada da realização coletiva. “A recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais” (SARMENTO, 2007). De outra banda não se diga que o interesse coletivo sempre prevalece sobre o individual, o que seria a já combatida supremacia do interesse público.

Alexy se contrapôs ao entendimento de Dworkin esclarecendo que bens coletivos podem ser tomados como princípios em sentido amplo (1991, p. 71) e que são passíveis de colisões ponderáveis com outros direitos fundamentais. A formulação do norte americano prova que é pertinente o conceito abrangente do que seja princípio e que, assim compreendido, vai significar que um objetivo coletivo é em primeira e suficiente análise, igualmente, um princípio constitucional⁴⁹.

O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. (...) A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios ao quais Dworkin faz referência

⁴⁹ Há quem diga que a segurança pública tem alcançado rapidamente um *status* de superprincípio ou metaprincípio, gozando de uma prevalência irrestrita nas práticas decisórias judiciais e administrativas (CASTRO, 2008 70 -84) Se um fenômeno assim existe, tal como já se pode observar, é evidente que ocorre a revelia do constitucionalismo moderno, sobretudo, no que se refere ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

com seu conceito de “princípio em sentido genérico – e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios – indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio. (ALEXY, 2008, p. 116)

Ademais a segurança pública em especial, ao se configurar como um interesse público ou um bem coletivo deve ser ponderada, no caso concreto, eventualmente com outros direitos fundamentais, sob pena de frustração do próprio meio destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais em geral. Não se pode conceber a consecução destes direitos sem antes pensar na harmonização mínima e prévia da sociedade. Reinando a insegurança não se está ferindo um único direito fundamental, mas sim, ferindo o contexto necessário para realização de todos os direitos fundamentais. A partir desta perspectiva é que se sustenta que a segurança pública é algo almejado e planejado por diretrizes e argumentos de política. Mesmo que seja considerada um bem coletivo em sentido estrito, não deixará de ser um princípio constitucional em sentido amplo.

A restrição por si só não pode significar um injustificado desrespeito aos direitos fundamentais. Certamente que dada restrição, em muitos casos ponderáveis, tem o condão de assegurar tanto mais outro direito igualmente protegido. Portanto, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental” (ALEXY, 2008, p. 285), sem, contudo, feri-los de modo cabal. Não obstante “o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições” (ALEXY, 2008, p. 276).

As restrições poderão ser “directamente autorizadas” ou “indirectamente autorizadas pela Constituição”, segundo Cristina Queiroz (2002, p. 203-206), fazendo coro a Alexy (2008, p. 286-295).

Diga-se então, que uma possibilidade de restrição autorizada diretamente pela Constituição é a prisão sumária do militar, em casos de transgressão e crime propriamente militares definidos em Lei⁵⁰. A liberdade de locomoção, que é evidentemente um direito fundamental, restringe-se nos casos especificados, observados inúmeros critérios e condições legais, como forma de assegurar outros

⁵⁰ Art. 5º, LXI da CF/1988.

bens ou interesses protegidos, dentre os quais se citam a soberania nacional e a preservação da ordem pública.

Já uma restrição indiretamente autorizada esta na cláusula que impõe às Polícias Militares o dever de preservação da ordem pública⁵¹, isto como decorrência do bem coletivo segurança pública. Então, um direito fundamental poderá ser restringido em razão de uma “reserva legal tácita” (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 140). A partir deste comando se pode justificar ante o caso concreto, *ex vi*, a dissuasão de uma reunião em local público, a dispersão de manifestantes e o controle coativo de presos. Em todos estes casos há direitos fundamentais subjacentes, como o direito de reunião, a liberdade de expressão e o respeito à integridade física e psíquica, no entanto, a observação das particularidades de cada evento pode autorizar, senão determinar, a intervenção policial, que da mesma forma se dará no intuito da preservação de outros bens e interesses igualmente protegidos.

Para Cristina Queiroz (2002, p. 205) “essas restrições devem ater-se aos ‘fins’ em nome dos quais foram autorizadas. E só deverão ser adoptadas se esses fins não puderem ser alcançados por outros meios ‘menos gravosos’”. Isto é, as restrições indiretamente autorizadas carecem de uma motivação substancial, obtida pelo exercício racional da ponderação, ao contrário do que ocorre com as restrições diretas, que já sofreram um juízo de razoabilidade durante o processo constitucional. A necessidade de ponderação é evidenciada pela autora, que revela a sistematização necessária (QUEIROZ, 2002, p. 205):

Assim, compete essencialmente aos poderes públicos: *primeiro*, o “ônus de provar” que existe um “interesse público relevante” ou “extraordinário” (*compelling state interest*), *segundo*, uma conexão “relevante” ou “estrita” entre esse interesse público relevante ou extraordinário alegado e a proteção do mesmo no caso concreto; *terceiro*, que de nenhum outro modo poderia o legislador proteger esse interesse por outra via de menor impacto discriminatório. [sic]

Age comprometidamente com os direitos fundamentais, portanto, aquele que os restringe de modo autorizado, contendo seu conteúdo e extensão nos limites constitucionais, revelados, nos casos de colisão em concreto, pela ponderação.

⁵¹ Art. 144, §5º, CF/1988.

A Constituição Federal de 1988 assegura, *ex vi*, o direito de reunião⁵² e o direito de expressão⁵³. Veda, no entanto a ocorrência de uma reunião armada ou com fins paramilitares, e faz isto de modo direto. Neste ponto a polícia administrativa não tem o que ponderar, a não ser quanto aos meios de execução (o que não deve ser tomado como de menor importância). Mas, da melhor forma possível, o direito fundamental inicialmente considerado deve ser restringido, ante a possibilidade de afetação de outros direitos igualmente fundamentais. Agir ou não, neste caso, não é uma opção do administrador. O comando constitucional é unívoco e a reunião armada deve ser desfeita, isto porque o exame de proporcionalidade já foi realizado.

Situação diversa está no comando constitucional segundo o qual cabe à Polícia Militar agir na preservação da ordem pública. Seguramente que isto implica e autoriza a força pública a realizar uma série de atos, inclusive aqueles que significam a restrição de direitos fundamentais. É desta forma que uma reunião, mesmo sem armas ou sem caráter paramilitar, pode ser frustrada pesando-se ou constatando-se as consequências que dela podem advir (perturbação da ordem pública). Desta feita o “pesando-se” se coloca como uma incumbência da administração, normalmente retratada no juízo formulado pelo agente público destacado ou com competência de ofício para o caso. Aqui agir ou não, dissuadindo a multidão, é uma decisão não determinada expressamente pela constituição, que só ocorrerá ante a decisão avaliativa administrativa. A solução surge no exame das contingências fáticas e jurídicas em concreto. Para melhor solução da questão, atenta ao que se fará, como, quando, onde e porque, deve o agente público eleger o ato necessário, adequado e proporcional, o que se faz pela ponderação.

Note-se então, que a ponderação rigorosa não é algo se faz tão somente nos gabinetes, com o discernimento próprio do tempo e da fleuma. O método é útil ainda que sumariamente empregado. Por vezes o representante do poder público dispõe de frações mínimas de tempo e somente poderá formular um raciocínio completo se o método lhe for íntimo.

A noção de restrição à direitos fundamentais em si não causa imediata estranheza, já que não se pode imaginar uma cartela destes direitos completamente intocável. Soa natural, na verdade, a idéia, *ex vi*, de restrição da liberdade quando do

⁵² Art. 5º, XVI, da CF/1988.

⁵³ Art. 5º, IV, da CF/1988.

cometimento de crime. Ou então a vedação do direito de reunião se esta não for pacífica e sem armas e assim por diante. Soa igualmente palatável a notícia de intervenção militar em presídios e, neste caso, é frequente a desnecessidade de que os motivos restem demonstrados.

Da mesma forma os direitos do preso, compreendidos por óbvio como direitos fundamentais, que se submetem a determinadas restrições, sem que isto possa causar qualquer sentimento de reprovação imediata. Definitivamente a existência de determinadas restrições a estes direitos não o inviabilizam ou o desnaturam. Isto é, o cerceamento de um direito fundamental, se necessário, adequado e proporcional não o sepulta, apenas faz ceder em homenagem a outros direitos relevantes.

Segundo Kloch e Motta (2008, p. 82-88), “todo o condenado a prisão terá resguardado vários direitos da personalidade”, que são, a toda prova, direitos fundamentais, dentre os quais os autores destacam: a) o direito à vida⁵⁴; b) o direito à integridade física, psíquica e moral⁵⁵; c) O direito à liberdade de convicção religiosa⁵⁶; d) direito à instrução⁵⁷; e) direito à assistência jurídica⁵⁸; f) direito ao uso do nome⁵⁹. g) direito à alimentação, alojamento e vestiário⁶⁰; h) direito a tratamento médico, farmacêutico e odontológico⁶¹; i) direito ao trabalho remunerado⁶²; j) direito de comunicar-se reservadamente com seu advogado⁶³; k) direito à previdência social⁶⁴; l) direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo⁶⁵; m) direito a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena⁶⁶; n) direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados⁶⁷; o) direito de contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não

⁵⁴ Art. 5º, caput da CF/1988.

⁵⁵ Art. 5º, III, V e X da CF/1988.

⁵⁶ Art. 5º, VI e VII da CF/1988 e art. 24, § 2º da LEP.

⁵⁷ Art. 208, I e art. 215 da CF/1988. Art. 17 a 19 da LEP.

⁵⁸ Art. 5º, LXXIV da CF/1988 e art. 15 a 16 da LEP.

⁵⁹ Art. 41, XI da LEP.

⁶⁰ Art. 12 e 41, I da LEP.

⁶¹ Art. 14 e 43 da LEP.

⁶² Art. 39 do CP e Arts. 28 a 37 da LP.

⁶³ Art. 89 do Estatuto da OAB e art. 41, IX da LEP.

⁶⁴ Art. 41 da LEP.

⁶⁵ Art. 41, VII, da LEP; Art. 4º, b da Lei de abuso de autoridade. Súmula vinculante nº 11 do STF que limita o uso de algemas.

⁶⁶ Art. 5º, caput da CF/1988 e Art. 41, VII da LEP.

⁶⁷ Art. 41, X da LEP.

comprometam a moral e os bons costumes⁶⁸; p) direito de propriedade material ou imaterial⁶⁹ q) direito de indenização por erro judiciário⁷⁰.

Acrescente-se por ora, a este rol que não é taxativo, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem, que evidentemente não são por completo subtraídos do preso, e que devem, na medida do possível, ser realizados o mais amplamente, ainda que seu destinatário padeça do cárcere, sendo o que se depreende do art. 5º, X da Constituição Federal. É certo que mesmo sob estas condições um indivíduo pode manter certa privacidade, assegurada minimamente por uma estrutura física adequada. Pode manter certa honra e imagem, que não são inteiramente afetados pela condenação.

Desta forma, atentos ao conceito de restrição à direitos fundamentais é que se admite, sem maiores angústias, o cerceamento de dados direitos, bem identificados, especialmente naqueles casos em que o cidadão mostra-se indigno do convívio social, mantendo outros úteis à própria manutenção da dignidade humana e aos fins da pena. O que não se deve admitir, nesta linha de raciocínio é a relativização de direitos não afetados ou a sua inviabilização pela larga margem atribuída à restrição.

Questão tormentosa, portanto, é saber qual a extensão e o conteúdo admitido pelo Direito, pelo Constitucionalismo, pela Democracia, pelas contingências, pelas finalidades da pena, capazes de limitá-lo sem, contudo, suprimi-lo. É justamente na amplitude ou na profundidade da restrição que reside o medo da afetação sistemática e letal ao direito fundamental. Questões fáticas e jurídicas têm o condão de dar contornos mais ou menos estreitos aos direitos fundamentais, mas, se for admitida a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, como se verá a seguir, não deve ter a potencialidade lesiva, a capacidade de reduzir ao mínimo inviável.

As linhas acima só levam a constatação de que os direitos fundamentais não são e não devem ser absolutos, dentre eles os direitos basilares dos presos. Não se protege ou concede, eventualmente, um tal direito a despeito de outros bens e valores, igualmente constitucionais, a serem também preservados. É nesse sentido de constatação que se pronunciou Daniel Sarmiento: (2007, p. 79)

⁶⁸ At. 5º, XII da CF/1988 e Art. 41, XI da LEP.

⁶⁹ At. 5º, XXII e XVII da CF/1988.

⁷⁰ At. 5º, LXXV da CF/1988

Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

No entanto, a doutrina não se furta a mencionar correntes distintas que admitem ou não a restrição aos direitos fundamentais, muito embora a que inadmite seja comumente apresentada como minoritária⁷¹.

Aqueles que entendem a existência do direito fundamental em si, bem como a possibilidade e a existência da restrição em apartado, apuram um resultado final que é o restante do direito uma vez restringido. A esta teoria tem-se atribuído a denominação de externa.

De outra banda a teoria interna não percebe o direito e a restrição como coisas distintas, mas tão somente o direito com um conteúdo preciso. Neste sentido o direito possui limites bem definidos e não restrições. Como consequência disto os direitos não colidiriam ante a correta definição do âmbito de proteção⁷², sendo inaplicável portanto a ponderação. Aqui é cabível falar-se em limites imanentes, isto é, o alcance do direito encontra suas fronteiras a partir de um processo interno, sem ser influenciado por elementos exteriores, como a admissão de uma colisão. A maior implicação da teoria interna esta na necessidade de uma justificação interior. Assim, os direitos fundamentais não podem ser limitados por contingências fáticas e jurídicas aplicáveis a um caso concreto, o que os faz se aproximar de uma estrutura semelhante a de regras, isto é aplicáveis ao modo do “tudo ou nada”. (SILVA, 2006, p. 37). Isto é:

Se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental, essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*. (SILVA, 2006, p. 38)

⁷¹ Conforme ensina Daniel Sarmiento (2007, p. 79): “Cumprir destacar que nem toda doutrina aceita bem a idéia de que as limitações aos direitos fundamentais possam ser estabelecidas através de uma ponderação de interesses.

⁷² Para Daniel Sarmiento (2007, p. 80) “o preço que ela paga por recusar as idéias de restrições a direitos fundamentais e de ponderação são, na nossa opinião, caros demais. Por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser drasticamente reduzido, para evitar os conflitos potenciais com outros bens constitucionalmente tutelados. E, por outro, o juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos, que substituiria para esta teoria, o recurso à ponderação, acaba se revelando ainda mais subjetivo e incontrolável do que a própria ponderação”.

A distinção se dá, segundo Robert Alexy, no campo da concepção das posições dos direitos fundamentais, senão veja-se: (2008, p. 278)

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.

O autor alemão obviamente adere à teoria externa já que a sua teoria dos princípios, fundada na concepção de posição *prima facie*, é que permite a formulação mestre da tese da ponderação. Apenas direitos fundamentais tomados nesta concepção são passíveis de serem ponderados e de, por fim, dado princípio ser afastado cedendo espaço a outro prevalente no caso concreto: (2008, p. 280)

No direito fundamental *prima facie* que corresponde a esse princípio há algo excedente, que pode ser restringido. Esse excedente não é nem algo externo ao ordenamento jurídico – como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural -, nem algo localizável abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais. Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma.

Partindo desta concepção e admitindo, *ex vi*, a existência do princípio da universalidade dos direitos fundamentais, se diria que o fato de haverem restrições ao direito de liberdade não é uma restrição ao bem protegido, mas tão somente ao direito *prima facie* que se extraí do princípio. Isto é, existe um direito à liberdade de locomoção e de expressão geral, a princípio indistinto. Porém, *prima facie* também significa que ao se olhar mais detidamente se descobrirá que exceções são admitidas.

A concepção tomada segundo a teoria externa e por conseguinte, a admissão da ponderação, poderá dar azo a restrição aos direitos fundamentais para além das hipóteses diretas constitucionalmente admitidas. Seja isto pela via legislativa, interpretativa ou por contingências fáticas, como na limitação temporária dos direitos fundamentais do preso.

Ainda segundo Alexy (2008, p. 281) as “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”, e ainda,

“normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição”. Disto decorre que a restrição deve ao final fundar-se numa hipótese de envergadura no mínimo idêntica, isto é, constitucional. A ponderação somente será válida portanto, se dela resultar uma restrição apta a proporcionar outro direito, em conteúdo e extensão, ao menos tão importante quanto o cerceado.

Seja como for, direta ou indiretamente, uma restrição só será válida se tiver como fundamento a própria Constituição. Ainda que questões fáticas ou mesmo jurídicas estejam a autorizar o afastamento de determinado princípio, é preciso que estas contingências representem igualmente um bem ou valor de envergadura constitucional, e no caso em apreço de *status* fundamental.

3.2 LIMITES PARA A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO

De modo algum poderá o administrador tomar a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, decorrente da ordem constitucional, como uma autorização incondicionada, um acesso legitimador do arbítrio. A materialização da restrição, isto é, dos limites dos direitos fundamentais, igualmente se sujeitam a seus próprios contornos. Guardadas as devidas proporções o que se observa é a imperiosa necessidade de restringir as restrições.

No âmbito administrativo isto deve se dar com a imposição dos seguintes critérios limitadores⁷³: i) o ato administrativo discricionário, a privilegiar um direito em detrimento de outro, ou de um bem coletivo, não deve ser casuísta, tão pouco generalista; ii) o ato administrativo desta natureza deve se submeter ao procedimento da ponderação, superando as suas três máximas – partindo-se da

⁷³ Daniel Sarmento (2007, p. 93) elaborou a teoria que embasa estas conclusões à sua semelhança, embora o tenha feito direcionado precipuamente ao legislador. Na oportunidade reportou-se aos quesitos como “limites dos limites”, impostos da seguinte maneira: “(a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão”.

teoria externa; iii) um direito fundamental não pode ser permanentemente suprimido ou atingido em seu núcleo essencial – admitindo-se a teoria subjetiva relativa.

Mutatis Mutandi, estas observações são válidas para o processo legislativo e para a decisão em juízo. É que, no primeiro caso, se presente uma lei prévia mediadora do conflito (tanto melhor para a manutenção de uma segurança jurídica, sem dizer da legitimidade democrática implícita), que restrinja um direito fundamental por força de uma reserva constitucional, está deverá ter sido editada na observância de semelhantes restrições. Noutra plano, cabendo ao judiciário decidir acerca de uma dada restrição a um direito fundamental, deverá fazê-lo daquele modo condicionado.

Atendo-se, contudo, ao plano inicial vê-se que as decisões administrativas não podem surgir de contingências estranhas ao caso concreto, que determinem uma solução. O casuísmo frequentemente presente nas políticas públicas atentam contra um mínimo de previsibilidade exigível. Ao sabor de objetivos incertos o administrado vê-se confuso, sem poder apontar seguramente o que seja prevalente naquela comunidade. No mesmo sentido vai o ato que deixa de individualizar as peculiaridades. Uma intervenção militar simultânea em diversos presídios é uma decisão generalizadora, na medida em que não considera as particularidades de cada unidade prisional. O resultado de uma política assim é uma incerteza que conduz à pulverização de um sentimento de descaso. Afinal uma restrição imposta a certa situação vale somente para aquela situação, carecendo as semelhanças de um exame em separado.

A generalização e o casuísmo expressam-se também na motivação do ato público, tal como ocorre com a restrição amparada pela supremacia do interesse público, mas sem identificar precisamente qual seja este tal interesse. Afinal, interesse público é algo inteiramente subjetivo e “uma restrição desta ordem debilitaria em excesso os direitos fundamentais, tornando-os reféns de valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos aplicadores do Direito”. (SARMENTO, 2007, p. 98)

A necessidade de ponderação é, a toda evidência, um compromisso com a otimização das decisões administrativas. Compromisso com a transparência. Trata-se de uma construção teórica, criteriosa, preocupada com a objetividade, que deve conduzir o administrador à solução melhor, segundo as contingências fáticas e

jurídicas. As máximas da ponderação são, portanto, sobretudo, limite as restrições de direitos fundamentais. Através deste exercício comprometido uma restrição somente será admitida, em extensão e conteúdo que se mostrem, indubitavelmente, necessários, adequados e proporcionais.

A existência e o alcance de um núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais não é consenso na doutrina. O preceito sequer encontra-se positivado na legislação pátria, ao contrário do que ocorre, *ex vi*, na Alemanha que prevê no art. 19, § 2º de sua Lei Fundamental que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial”. Muito embora haja tamanha controvérsia e a falta de previsão constitucional, a discussão e a assunção do que seria um núcleo intangível dos direitos fundamentais é necessária no direito brasileiro, na qualidade de contorno às restrições de direitos fundamentais. Alexy (2008, p. 295-301) e Sarmiento (2007, p. 105-109) apontam para a existência de duas grandes correntes acerca do tema: i) a que se restringe ao objeto da proteção (objetiva e subjetiva) e; ii) a que se preocupa com o valor da proteção (absoluta e relativa).

Cada uma destas vertentes assumem duas possibilidades. A primeira, se tomada do ponto de vista objetivo, o que se protege é a garantia assegurada por um direito fundamental, em abstrato. A partir desta compreensão é possível afirmar que a supressão, ainda que total, de um direito fundamental de um ou de alguns indivíduos não é capaz de desnaturar a essência do direito, que subsiste ainda para o restante da totalidade dos indivíduos. A teoria objetiva dirá então que a ofensa à dignidade humana do preso, seja qual for a medida, não tem o condão de afetar a dignidade humana como um todo, pois ainda há a observância de tal direito em geral. Uma teoria assim não pode prevalecer ante a real vocação dos direitos fundamentais que protegem primariamente “posições individuais” (ALEXY, 2008. P, 297). A confirmação dos direitos fundamentais se dá precipuamente em cada caso, na esfera de proteção de cada indivíduo e a ofensa particular fulmina igualmente o todo.

Pela concepção subjetiva o que importa é, ao reverso, a proteção do indivíduo e a observação da margem restante de validade do direito fundamental. Aqui, admitindo-se alguma restrição ao direito é importante analisar se, após a restrição, resta alguma aplicabilidade útil do direito ao mesmo titular. Isto é, o núcleo essencial do

direito fundamental estará atingido se após a restrição não houver mais sentido em se assegurar aquele direito. Portanto, uma ofensa aos direitos fundamentais do preso, por exemplo, que seja capaz de arrastá-lo definitivamente para a marginalização, ofende o núcleo protetivo de tal forma que não se torna mais possível ou mesmo necessária a posterior garantia.

De fato a inobservância prolongada dos direitos fundamentais, em extensão e conteúdo desarrazoados, perpetrando uma condição recorrente de desumanização, pode tornar inócua qualquer iniciativa superveniente de garantia daqueles mesmos direitos. Diz-se aí que houve uma supressão definitiva do direito fundamental, desnaturando-o.

A segunda corrente não tem vida propriamente autônoma. É a partir da teoria subjetiva (ALEXY, 2008, p. 297), já que a objetiva admite uma supressão parcial do direito fundamental, que se pode falar em teoria relativa, segundo a qual “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento” (ALEXY, 2008, p. 297) e, teoria absoluta, segundo a qual “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma” (ALEXY, 2008, p. 298).

De acordo com a teoria absoluta é imprescindível delimitar um âmbito de proteção imune a qualquer interferência. Este pressuposto é exatamente sua maior dificuldade, uma vez “que é quase impraticável definir a essência do direito fundamental, discernindo-a do seu campo periférico de proteção” (SARMENTO, 2007, p. 107). Um delineamento assim só é alcançável no caso concreto, por intermédio de uma ponderação, e não *a priori* e em abstrato. Alguém dirá definitivamente que a exibição pública da vida privada fere o núcleo blindado do direito subjacente. A afirmação parece até possível, assim como é factível imaginar e constatar situações em que tal exposição seja até mesmo desejada pelo titular do direito à privacidade.

Uma teoria absoluta conduz a uma afirmativa prévia segundo a qual um anão jamais deveria ser arremessado em concursos cômicos⁷⁴. Isto porque as circunstâncias sempre feririam sua dignidade, um direito fundamental. Portanto, juízos acerca da vontade do tutelado e da fática supressão de outros direitos fundamentais pela

⁷⁴ No início dos anos noventa, uma casa de diversões no interior da França promovia semanalmente um concurso de arremesso de anões. O caso culminou com a vedação da prática, ancorada na proteção constitucional da dignidade humana, em que pese a quase unânime contrariedade dos envolvidos.

inexistência de alternativas econômicas ao alcance dos anões, não seriam suficientes para autorizar um alargamento da proteção nuclear.

Alexy (2008, p. 299 – 301) reconhece a existência de ambas as teorias mas alerta que a possibilidade de se falar em proteção absoluta não afasta o fundamento relativo desta mesma proteção. O absolutismo da proteção é aferido sempre em referência aos princípios em exame. Assim, se pode chegar a casos em que não se deve comprimir o núcleo essencial, nem mesmo sob circunstâncias extremas, mas isto só se constata com uma confrontação. O que se quer dizer, ao final, é que o desenho impenetrável do núcleo essencial só pode ser verificado no caso concreto.

Já a teoria relativa⁷⁵ confunde-se com a própria proporcionalidade. Segundo esta teoria, saber se o núcleo essencial dos direitos fundamentais foi atingido não é uma questão de intensidade no afetamento do direito fundamental, mas sim, uma questão de proporcionalidade e razoabilidade. Isto é, um direito fundamental pode ser tensionado drasticamente sem que sua essência seja desfeita e, após uma rigorosa intervenção retomar sua vitalidade por inteiro.

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis a priori para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso. (SILVA, 2006, p. 42)

Isto é, se a configuração do núcleo essencial muda de acordo com contingências fáticas e jurídicas, o formato resultante para cada caso concreto se obtém a partir de uma ponderação. Por esta razão que Alexy (2008, p. 301) conclui que a garantia do núcleo essencial não significa “nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.

Sendo desta forma, a enumeração acima proposta: *ii) o ato administrativo desta natureza deve se submeter ao procedimento da ponderação, superando as suas três*

⁷⁵ DIMOULIS e MARTINS (2010, p. 152) aduzem que “no debate brasileiro, a necessidade de preservar o conteúdo essencial (ou núcleo do direito) é indicada por muitos doutrinadores, considerando que a teoria foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro e havendo preferência pela teoria relativa”.

máximas – partindo-se da teoria externa; iii) um direito fundamental não pode ser permanentemente suprimido ou atingido em seu núcleo essencial – admitindo-se a teoria subjetiva relativa, não teria sentido de existir, já que se trataria de uma mesma coisa. Esta afirmação conduz a uma significativa redução da importância da proteção ao núcleo essencial, especialmente nos países que possuem a previsão expressa no texto constitucional. No entanto, é possível sustentar que o item iii adiciona um novo limite aos limites ao menos no que diz respeito à supressão em definitivo. Seja como for, o estudo do que seja o núcleo essencial dos direitos fundamentais é parte indispensável numa teoria da proporcionalidade e, no âmbito específico da segurança pública, trata-se de tema afeto aos propósitos elementares do agir público.

3.3 DIGNIDADE HUMANA E PONDERAÇÃO

A exemplo do que fez originalmente a Lei Fundamental Alemã, a Constituição Federal Brasileira erigiu, expressamente, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito⁷⁶. Não obstante trata-se de um princípio, verdadeiramente forte é verdade, mas passível de uma remota ponderação.

A dignidade da pessoa humana já foi tratada como valor supremo da democracia (Silva, 1998, p. 89). Nesta linha o Tribunal Constitucional Alemão chegou a enumerar um rol prévio de valoração, no qual constava soberano a dignidade da pessoa humana.

A “escala de valores” (Wertordnung) utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão é a seguinte; (1) “dignidade da pessoa humana” (Menschenwürde), considerada de “valor superlativo” (“Obersterwert”, “Obersterrang”, “Höchstrang”), não podendo como tal ser “contrapesada” face a outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo, portanto, aplicável o critério da “proporcionalidade”, (20 “direitos fundamentais constitucionalmente

⁷⁶ Art. 1º, inciso III, da CF/1988.

reconhecidos”, subtraídos ao poder de revisão nos termos do § 2 do artigo 19º e § 3 do artigo 79º da Lei Fundamental, que assumem por isso “valor supra-constitucional”, “direitos fundamentais em geral”, fora da cláusula de intangibilidade do § 2 do artigo 19º e § 3 do artigo 79º. (QUEIROZ, 2002, p. 206)

Como já dito anteriormente a “jurisprudência de valores”, nestes termos, sofreu severas críticas, especialmente pelo fato de que ao Judiciário não é dada a incumbência de juízos axiológicos, ao reverso, se trataria de verdadeira intromissão injustificada em competência alheia. Posteriormente, aprimorando seu entendimento e abandonando a escala invariável de valores, o Tribunal Constitucional Alemão formulou nova interpretação acerca da dignidade humana admitindo hipótese de restrição (ALEXY, 2008, p. 113) em um caso envolvendo o princípio de proteção do Estado e o princípio da dignidade humana.

A responder acerca da existência de princípios constitucionais absolutos Robert Alexy (2008, p. 111 – 114) se depara com a questão da dignidade humana. Isto porque os demais direitos fundamentais são seguramente não absolutos, já que do contrário se verifica uma incompatibilidade na coexistência de direitos fundamentais e interesses coletivos. Suas conclusões não são outras do que o reconhecimento do caráter principiológico da dignidade humana e a possibilidade de ser ponderada em relação a outros direitos fundamentais, muito embora haja “um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”.

Ocorre que, ainda segundo o autor alemão, a dignidade humana guarda uma faceta de regra e outra de princípio. Na condição de regra deve-se perguntar se a dignidade humana foi ou não violada, revelando a natureza enfática e dialógica da norma.

Se considerada a concepção de regra a dignidade humana é observada ou não. O conteúdo da regra esta expresso na relação de precedência sob a condição de princípio. Ou seja, se no caso concreto se diz que a dignidade humana prevalece sobre a segurança pública, a afetação do primeiro importa na sua violação e, a regra é ferida, após revelar-se, no caso, absoluta.

Já o princípio é realizado em medidas fáticas e jurídicas possíveis, que vão da plenitude à precária manutenção mínima. Neste contexto não se pode falar de princípio absoluto, eis que, passível de ponderação.

O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. (ALEXY, 2008, p. 114)

Restou evidente portanto que a possibilidade de algum princípio preponderar em relação a dignidade humana é remota. Isto porque a dignidade humana é, a toda evidência, uma revelação da própria vocação humana e fundamento de todo ordenamento jurídico.

Não obstante, um sopesamento não soa de todo impossível, sob determinadas condições extremas. Basta pensar nas hipóteses de autorização para o uso de algemas. Estes grilhões modernos são instrumentos físicos e simbólicos aptos a degradar a existência humana. Poucas outras coisas ferem tão profundamente o ser humano do que a limitação de seus movimentos naturais e a simbologia subjacente no uso de um instrumento ostensivo de controle e submissão. Ainda assim é concebível que tal recurso seja utilizado, e já o era por um exercício discricionário do agente público, mesmo antes da edição da súmula vinculante⁷⁷, desde que, outro direito fundamental esteja contraposto, como por exemplo o direito à vida. Entretanto, o uso das algemas, em substituição a outros recursos mais adequados e menos traumáticos importa em violação da dignidade humana, já que os mesmos outros direitos fundamentais estão sendo resguardados, mas não pelos meios que seriam obtidos através de uma ponderação séria.

Imagine-se o exemplo de um funcionário público, notadamente o gestor público, que ao decidir um caso concreto – o dos presos em situação desumana -, faz de modo a prevalecer o bem coletivo da segurança pública em detrimento dos Direitos Fundamentais dos presos, interessante se torna uma reflexão de tal decisão, porém, aplicando-se a fórmula da ponderação proposta por Alexy (2008, p.619).

⁷⁷ Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

A fórmula, apresentada em resposta às críticas, sobretudo as tecidas por Habermas e Böckenförd, é uma tentativa extrema de racionalização que acaba por revelar algumas peculiaridades acerca da ponderação envolvendo o princípio da dignidade humana e, se dirige à proporcionalidade em sentido estrito, segundo Guerra (2006, p. 54-55):

Nesta Fórmula – que não tem nada de matemática – Alexy trata de esclarecer, em maior detalhe, o sentido daquele que, dos três sub-princípios que constituem o princípio da proporcionalidade, talvez seja o mais complexo e de difícil emprego, na prática, a saber, o da proporcionalidade em sentido estrito.

Para Alexy este sub-princípio consiste na proporção pela qual se verifica que quanto maior for a interferência em um princípio, maior deve ser a importância em se realizar o que prevalece.

Assim, o agente público em pauta, ao aplicar a ponderação de princípios, bens e interesses, somente deverá passar a este ponto – aplicação da fórmula – vencidos os dois primeiros sub-princípios: adequação e necessidade.

De modo bastante breve a equação sugerida por Alexy (2008) está assim composta, para o exemplo em comento:

P(a): Princípio da Dignidade Humana (Direito Fundamental devido aos presos).

P(b): Segurança Pública (Bem coletivo devido a toda sociedade).

W (a): o peso abstrato do Princípio P(a).

W(b): o peso abstrato do Princípio P(b).

R(a): as evidências sobre a interferência no Princípio P(a).

R(b): as evidências sobre a interferência no Princípio P(b).

I(a): o grau de interferência que a conduta C [voltada a realizar o princípio P(b)] causa no Princípio P(a).

I(b): o grau de interferência que a conduta C [voltada a realizar o princípio P(a)] causa no Princípio P(b).

$W(a,b)$: os pesos relativos dos Princípios $P(a)$ e $P(b)$ resultantes do uso da Fórmula do Peso de Alexy.

Assim, dado o simples raciocínio matemático, pelo qual há proporcionalidade entre os termos de uma igualdade e inversão de proporcionalidade nos termos da igualdade e oblíquos na operação de divisão, tem-se que:

$$W(a,b) = \frac{W(a) \cdot R(a) \cdot I(a)}{W(a) \cdot R(a) \cdot I(a)}$$

Admitindo os valores em progressão geométrica, como grandezas abstratas, deve-se atribuir às variáveis os seguintes valores:

Leve = 1.

Moderada = 2.

Séria = 4.

E ainda, admitindo o resultado da operação, respeitado a lógica matemática, tem-se que:

$W(a,b) < 1 = P(b)$ tem peso relativo no caso concreto maior que $P(a)$.

$W(a,b) > 1 = P(a)$ tem peso relativo no caso concreto maior que $P(b)$.

$W(a,b) = 1 =$ não é possível estabelecer a preponderância racionalmente.

Afora a crítica imediata que se apresenta, a de que a atribuição destes valores é subjetiva, e portanto, passível de divergência de pessoa para pessoa, revelando o aspecto axiológico da teoria e da decisão, o que não é propriamente um obstáculo no âmbito das decisões administrativas, importa destacar outras considerações, aqui aplicadas ao exemplo.

A primeira delas é inquietante. Está a se dizer quanto a possibilidade de haver aplicação da fórmula em que o resultado não pode ser conclusivo. Isto por si só parece estar a desacreditar o apelo à racionalidade matemática. O que os teóricos ainda não explicaram, e que parece ser a grande questão na hermenêutica constitucional hodierna é a de que como serão decididos estes casos? Serão os *Hard Cases* de Dworkin? É nesta situação que se recorre à discricionariedade

judicial proposta por Kelsen? Não parece ser neste ponto diferente a técnica da ponderação.

A constatação é inquietante pois ao aplicar a fórmula, facilmente neste caso o administrador poderá chegar ao resultado = 1. Já que a atribuição de valores às grandezas é, ao final, subjetiva, certamente serão muitos os incumbidos das decisões que dirão da seriedade do princípio constitucional, mas também do bem coletivo; da séria interferência em um, ao se privilegiar o outro; e da seriedade que a decisão de soltar presos ou mantê-los em condições desumanas tem. Desta forma, possivelmente o juiz do caso concreto poderia chegar à seguinte equação:

$$W(a,b) = \frac{4.4.4}{4.4.4}$$

Então, $W(a,b) = 1$ e a Teoria de Alexy não pode resolver o caso concreto racionalmente. Aliás isto já era esperado, pois como se disse acima a pretensão de racionalidade humana não pode abarcar toda a riqueza da vida. Contudo, não se pode olvidar que a imensa maioria dos casos não deve chegar a este ponto. Deve-se lembrar que a presente fórmula só se aplica no exame da terceira máxima da proporcionalidade, ou seja, na proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação que atinja este nível, e portanto, passível de inconclusões racionais é aquela que tenha demonstrado anteriormente a necessidade e a adequação. A supressão das etapas anteriores, conduzindo o raciocínio a uma ponderação final evitável pode dar ensejo a uma famigerada distorção já notada nas práticas públicas decisórias.

Outra hipótese provável é a invariabilidade das grandezas que se referem a $P(a)$, ou seja, a dignidade humana. Ao aplicar a fórmula é difícil antever que algum julgador possa reduzir, aplicar conceito diferente do máximo, isto é $sério = 4$, ao menos neste caso.

Que administrador responderia, seriamente, que a dignidade humana tem importância diferente da máxima? Que administrador diria que tortura, doenças infectocontagiosas, maus-tratos, superpopulação, militarização, etc. não afetam seriamente a dignidade da pessoa humana? Que administrador diria que manter a prisão nestas condições não interfere em $P(a)$? Se obrigados a responder e, o

fazendo de modo comprometido, o resultado da ponderação não legitima uma perseverante ofensa aos direitos fundamentais do preso, a sua dignidade.

Então, neste sentido, na prática de algum ou de muitos administradores o princípio da Dignidade da Pessoa Humana seria virtualmente absoluto, já que não cede ou não pode ceder racionalmente em nenhuma das variáveis. E sua relativização só ocorreria no campo da discricionariedade irracional.

Por esta razão, a ponderação dificilmente pode ser utilizada para confirmar o que tem sido a tese recorrente da administração pública, que passa, via de regra, pela reserva do possível, pela discricionariedade, pela separação dos poderes e sobretudo pela manutenção da ordem e preservação da segurança pública, isto em detrimento da dignidade da pessoa humana, materializada nos diversos direitos do preso.

Mas o que importa destacar é que, em um caso como este, a ponderação irá, ou tornar absoluto virtualmente a dignidade ou no máximo colocar o “interesse público”, a segurança pública no mesmo patamar, o que conduzirá a um resultado inconclusivo, sustentável somente a partir de casuísmos.

4 TOMADA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA

4.1 LEGITIMAÇÃO PELA PRÁTICA HISTÓRICA: O APELO DO ADMINISTRADOR E A LÓGICA IMPLÍCITA

O trato desferido para as questões penais guarda um senão de tradição cultural. Uma idéia implícita de que execução penal é tarefa policial, militar, apta a assegurar uma rígida retribuição e a imediata defesa da sociedade, alcançada por uma contenção máxima, não necessariamente associada a uma preparação do inevitável retorno do apenado ao convívio comunal. Assim é que, ações militares nesta seara sempre soam como algo pertinente, próprio deste ambiente inóspito e distante, carente, simplesmente, de disciplina e ordem. Loïc Wacquant (2007) preocupou-se em diagnosticar o fenômeno nas prisões brasileiras:

... o pavoroso Estado dos cárceres, prisões e cadeias do país, que mais parecem campos de concentração para os despossuídos ou empreendimentos públicos para a reciclagem industrial dos restos sociais e estão bem longe da imagem de instituições judiciais voltadas a alguma proposta penal identificável – seja a dissuasão, a neutralização ou a retribuição, **deixando de lado a reabilitação**. O sistema penitenciário do Brasil efetivamente ostenta os defeitos das piores cadeias do Terceiro Mundo, devido a seu tamanho absoluto, a seu enraizamento urbano e à persistente indiferença dos políticos e do público, que entretanto **demonstra reiteradas vezes ser favorável aos crescentes excessos no campo correcional**. (grifou-se)

Ao erigir o interesse público como vela propulsora das intervenções militares, o administrador revela um curtíssimo entendimento acerca daquele instituto. A mensagem clara nesta recorrência, entretanto, traduz um sentimento palatável, almejado, por sua naturalização. Uma fundamentação assim importa em afirmar que somente é interesse público a preservação da ordem pública obtida por uma segregação primária da população carcerária. Isto é, o interesse público seria tão somente a manutenção da segmentação do risco, através do afastamento da fonte imediata do perigo: o criminoso.

Em contrapartida, como consequência natural, não faz parte do discurso oficial, via de regra, o fato de que a preservação dos direitos individuais também é parte integrante do interesse coletivo; que a ressocialização, tanto quanto exequível,

permitindo um retorno adequado do apenado e assim garantindo duradouramente a segurança pública é interesse público em um sentido mais forte; que a utilização dos agentes militares em suas missões constitucionais é interesse e benefício para toda a sociedade, etc.

Um elemento legitimador frequente e implicitamente presente na argumentação política, mas avesso à argumentação jurídica, é a continuidade pela simples continuidade. Isto contém uma razão já explicada e já aceita sem maiores necessidades de se retomar o “óbvio”. Ações que se perpetuam e se repetem no tempo tendem a apresentarem-se como alternativas primeiras e o natural receio do novo corrobora a manutenção do mesmo. Desta forma, referendar as práticas usuais exige menos e assegura um *status quo* perene, frequentemente incontestado, assentado em uma zona de conforto, ao passo que embrenhar-se por novas e inventivas alternativas é uma postura mais trabalhosa.

O ato administrativo, segundo a doutrina uníssona, deve conter uma finalidade expressa, notadamente a finalidade pública. Sua estrutura é bastante simples, embora a realização possa tornar-se complexa. Segundo Di Pietro (2010, p. 209), “diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

O documento inaugural da intervenção militar nos presídios capixabas, e os posteriores que prorrogaram e alargaram seus efeitos iniciais, contêm uma fundamentação que trilha por estas vias. No Decreto nº 4.405/99 a argumentação inicial denota que o administrador age na observância do “dever indeclinável que tem o agente político de promover o interesse público no caso, a preservação da ordem pública, devendo agir com firmeza, no estrito cumprimento do dever legal”. Já, para restringir a exemplificação a apenas dois casos dentre muitos, o Decreto nº 7.562-E/99, que ampliou a intervenção militar, agregando o estabelecimento prisional de Linhares/ES, na mesma linha aduz que o “dever indeclinável que tem o agente político de promover o interesse público, no caso, a preservação da ordem pública e da incolumidade de pessoas e do patrimônio estatal” fundamentam a opção pública. Eis a finalidade destes atos administrativos.

Os motivos também são lembrados nos considerandos que antecedem o ato propriamente dito, como no primeiro documento: “há estabelecimentos que estão

sendo dirigidos de fato pela população carcerária, por suas lideranças que decidem o destino de tudo e de todos, sem submissão a regras administrativas ou a qualquer autoridade do Estado”, ou no segundo: “que pelo aumento do índice de criminalidade verificado no Estado nos últimos anos e o conseqüente aumento da população carcerária, não ter havido correspondência de ingresso de Agentes Penitenciários”, ou ainda: “que este Governo não deve e não vai permitir que, dentro do Estado do Espírito Santo, existam setores refratários ou resistentes ao império da lei e da ordem e do pleno e eficaz exercício da autoridade pública que lhe cabe preservar e afirmar”. De fato não faltam ao administrador razões para agir, sendo assim ainda hoje.

E então o objeto que invariavelmente foi recorrido na última década, por exemplo no primeiro documento supracitado: “sob a guarda externa da Polícia Militar, ficando também sob sua responsabilidade, o atendimento médico-odontológico, transporte e escoltas dos seus encarcerados”. E no segundo caso: “Fica designado como Interventor da Penitenciária referida no art. 1º, o Comandante da 3ª Companhia Independente da Polícia Militar, situada em Linhares”. Neste ponto em especial deve-se alertar que a continuidade na utilização de recursos desta ordem, necessariamente desnaturam a legitimidade. É que, como dito, a Polícia Militar pode atuar no sistema prisional, apenas excepcionalmente, quando da necessidade de restabelecimento ou da manutenção da ordem pública. A utilização ininterrupta denota a inexistência de iniciativas outras suficientes. Eis um objeto ilegítimo.

Assim, é perfeitamente dedutível e aparentemente lógico, num exame superficial e *prima facie*, de tais atos administrativos meramente exemplificadores que, diante de um motivo (a periclitção da ordem pública), cabe à autoridade a prática do ato/objeto (intervenção militar), com vistas a uma finalidade pública (interesse público – defesa social), perfazendo com justeza o ciclo alicerce do ato administrativo. Como se vê a suscitação do dever indeclinável comporta uma imediata conclusão de que a medida adotada deverá estar apta a promover o interesse público, a defesa social. O que não se vê num olhar primeiro e desatento é que se trata de uma preservação parcial, fugaz e volátil do interesse público.

De outra banda se poderia dizer, *ex vi*, que a administração possui inúmeros outros motivos para agir (como as finalidades da pena, ou na compreensão ampla do que

seja interesse público), pode realizá-los de diversas formas (como na alocação de pessoal especializado), e por fim, deve agir em consonância com uma finalidade pública eficaz e duradoura (como na observância dos direitos fundamentais). Afinal, como assegura, Luís Roberto Barroso, no que se refere à finalidade pública:

...em um Estado Democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direitos fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada.

Mas a construção implícita, empacotada na fundamentação do ato administrativo, sugere uma ponderação rasa, inclusive com frequente presença nos discursos legitimadores oficiais, nos quais não se passa pela dimensão pela qual o todo depende das partes e por partes é que se chega ao todo.

A colisão concreta com que se defronta o administrador, exigindo sua atuação inderrogável é apresentada sempre e quase que exclusivamente como a iminente preservação da ordem, manutenção da segurança pública (interesse público), colocadas, não raras vezes, acima de quaisquer outros bens, interesses e direitos fundamentais. Isto se dá, quer dizer a suposta ponderação, ante a inevitável e incômoda alegação, sempre presente como um obstáculo ultrapassável, de desrespeito aos direitos fundamentais do preso.

Colocados então, na balança do senso comum, da opinião pública desinformada e apática, no reducionismo confortável do Estado, por seus administradores, a segurança pública, em abstrato, tende sempre a prevalecer sobre os direitos individuais.

Um precedente emblemático⁷⁸ acerca da lógica arraigada no pensamento administrativo e até judicial ocorreu nos idos do ano de 2005 no município de Contagem - Estado de Minas Gerais. Daquela feita o então juiz da Execução Penal no município, em sede de procedimento administrativo correccional, ajuizado pelo

⁷⁸ Procedimento Administrativo Correccional nº 726/05 – Vara de Execução Criminais e Corregedoria de Presídios de Contagem/MG.

Ministério Público local, terminou por determinar a expedição de Alvará de Soltura para dezenas de presos mantidos em condições inegavelmente indignas.

A decisão judicial, largamente fundamentada na Constituição Federal e nos direitos fundamentais, causou imediata ambiguidade, não apenas na opinião pública, mas também no exame jurídico emprestado ao caso. Seu prolator, o juiz de Direito Dr. Livingsthon José Machado, viu-se ovacionado por um lado, mas também duramente criticado, sobretudo por representantes do governo, paladinos da distribuição equânime do poder e ocupados em adiantar ao público toda a empreitada em andamento que se realizava no sistema prisional daquela unidade federativa, deixando entrever uma irresponsável exposição da sociedade. Afinal, estaria o magistrado “passando a mão na cabeça de bandido”? Seria ele um constitucionalista, humanista convicto? Ou talvez um jovem seduzido pelo afã midiático?

Seja como for, já que não convém ao caso, a menos que se queira desviar o foco, os termos de sua decisão, em especial a proferida no dito procedimento correccional, contempla uma interpretação, muito dificilmente arredável, dos dispositivos constitucionais aplicáveis ao tema e ao caso concreto.

Consta dos autos uma série de providências e diligências envidadas pelo juízo da execução na esperança de minimizar os efeitos deletérios e as condições desumanas a que estavam submetidos os presos condenados, recolhidos no 1º Distrito Policial daquela Comarca de Contagem/MG. Contudo, a propedêutica não logrou êxito, como em tantas outras oportunidades semelhantes. Das iniciativas infrutíferas restou evidente que outros recursos eram necessários.

Embora a sentença em apreço não aduza expressamente uma ponderação, até porque por esta via rigorosa possivelmente se alcançaria outra solução - na verdade se afeiçoa muito mais a um senso de adequabilidade⁷⁹ - aquela subjaz o tema. Numa simplificação drástica haveria no caso um conflito entre a dignidade do preso e a segurança pública, pendente de prevalecer um em detrimento do outro. A questão foi encarada assim, senão pelo magistrado, mas ao menos pela mídia, pela opinião pública, pela maioria dos desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas

⁷⁹ Tome-se a adequabilidade aqui no sentido proposto por Klaus Günther (1993) e não no sentido da adequação como máxima da ponderação a revelar se a medida envidada apta a realizar o princípio prevalente.

Gerais que terminaram por cassar a referida decisão e, sobretudo pela administração prisional.

A lógica fundamentadora da decisão do juiz de piso é bastante direta, porquanto difícil de ser combatida. Passa pela subsunção constitucional, evidente a determinar a vedação da tortura, do tratamento desumano ou degradante, e da vedação da pena cruel. Estas práticas, por óbvio, depõem contra o fundamento da República Federativa Brasileira, anunciado como a dignidade da pessoa humana, para não dizer de outros tantos direitos fundamentais. Finaliza por enaltecer o dever legal (constitucional) que impõe a punição a qualquer ato atentatório contra os direitos e liberdades individuais e o dever de relaxar a prisão tida como ilegal.

O Estado de Minas Gerais, por sua procuradoria, apressou-se em impetrar Mandado de Segurança⁸⁰ contra o ato do Juiz de Contagem, acusando-o de arbitrariedade, usurpação de competência alheia e descaso para com a segurança pública, obtendo ao final, à unanimidade, pela 3ª Câmara Criminal do TJMG, a concessão da segurança com a consequente cassação do ato, expedindo-se ordem de captura dos presos que haviam sido soltos.

O apelo à ponderação aparece definitiva e inegavelmente no julgamento do Mandado de Segurança, acolhedor que foi da tese autoral. A começar pelo relator, a decisão foi atacada, obliquamente, ao argumento de que não se pode fazer prevalecer um direito individual sobre um coletivo⁸¹, que o particular não se sobrepõe ao público, afirmando: “Sob o ponto de vista político, *data venia*, tenho que a decisão é no mínimo questionável, à medida que não levou em conta o direito do cidadão à segurança pública”. Os doutos magistrados compreenderam nesta linha, que a medida protetiva dos direitos fundamentais do preso, sobretudo a dignidade humana, consiste na preservação de um direito do indivíduo, daquele preso em específico tutelado no caso concreto, porquanto um direito individual e, que sua proteção não é consoante ao tal interesse público.

Por outro lado a segurança pública, devida a todos, seria um direito coletivo. Algo que remete e soa como supremacia do interesse público sobre o particular. O

⁸⁰ Mandado de Segurança nº 1.0000.05.429879-9/000(1) – TJMG, relator o Sr. Desembargador Paulo César Dias.

⁸¹ Ressalve-se o entendimento da Srª Desembargadora Jane da Silva que votou em sentido diverso: “Julgo igualmente importantes os direitos individuais e sociais, porque quando se protege os direitos individuais, está-se protegendo, eventualmente, toda a coletividade”.

acórdão em apreço é explícito no sentido de reconhecer uma colisão entre tais bens e interesses. Uma colisão que se resolve na observância de algo, em detrimento do outro que por fim cede, sem, contudo, se extinguir.

O que resta implícito na decisão de segundo grau é o juízo supostamente rigoroso de razoabilidade acerca da medida que determina a soltura de presos. Ou seja, o acórdão coloca a questão em termos de se avaliar se é razoável soltar presos ao custo prejudicial da segurança pública. Uma avaliação assim procedida dá margem à axiologia tão indesejada em sede judicial, alimentando as críticas à teoria, embora a prática havida a ela não se afeiçoe.

Neste caso não há uma aplicação metodológica e criteriosa da teoria da ponderação. Para dar resposta a este caso concreto não foram observadas as máximas daquela teoria e toda racionalidade que deve permear seu uso. Então o juízo proferido soa como ponderação, mas não é. Não ao menos segundo o que se propõe na doutrina, como se viu, e em especial aquela capitaneada por Robert Alexy (2008).

Outro exemplo emblemático da condução política casuística do tema foi denunciado por Loïc Wacquant (2001), tendo como carro chefe a prática prisional dos Estados Unidos da América. Segundo o autor, o “negócio” do encarceramento tornou-se uma atividade econômica muitíssimo próspera naquele país, com múltiplas implicações “positivas” para a coletividade, conforme anunciam seus entusiastas. No entanto esta política alimentou, reflexamente, o incremento da onda de aprisionamento dos pobres (tolerância zero) para uma consequente manutenção da indústria privada carcerária:

Ao mesmo tempo, a implantação das penitenciárias se afirmou como um poderoso instrumento de desenvolvimento econômico e de fomento do território. As populações das zonas rurais decadentes, em particular, não poupam esforços para atraí-las: ‘Já vai longe a época em que a perspectiva de acolher uma prisão lhes inspirava esse grito de protesto: *Not in my backyard*. As prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho, não expelem poluentes na atmosfera e não despedem seus funcionários durante as recessões.’ Muito pelo contrário, trazem consigo empregos estáveis, comércios permanentes e entrada regulares de impostos. A indústria da carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos. (WACQUANT, 2001, p. 93)

O exemplo é especialmente importante, pois revela a lógica parcial que pode orientar as decisões políticas e uma reflexão do que seja verdadeiramente interesse público. O autor elaborou suas impressões cerca de dez anos atrás, mas ainda assim parece estar um passo a frente da realidade brasileira que começa engatinhar no ramo das privatizações, seguindo tardiamente o mesmo caminho. No entanto as vontades não declaradas expressamente podem seguir a mesma perversidade no presente ou no passado. Mais uma vez aqui, subjaz a idéia de prevalência do coletivo sobre o individual.

Após acertada e pacificada a confusão, não visível a todos, acerca do que seja o interesse público e, revelado tão somente uma de suas facetas (no caso o interesse público de segregar eventuais criminosos, promovendo a defesa social instantânea), como forma de legitimar a ação estatal, recorre-se ainda, com frequência à temerosa supremacia atribuída ao princípio. Uma vez traçado o objetivo público, é hora de estipular sua prevalência.

Tomar o interesse público como valor e orientação supremos para os atos decisórios da administração corrompe os fundamentos constitucionais autorizativos de eventuais restrições aos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público torna-se desta forma uma causa supra constitucional a permitir a interferência nos direitos individuais:

Com efeito, na Constituição são encontrados os fundamentos para a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais podem ser restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio e (II) a medida da restrição, conforme permitida pela Constituição, é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência a *priori* do coletivo sobre o individual. (BINENBOJM, 2007, p. 139)

A propósito a assunção de uma prévia supremacia do interesse público “afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos” (BINENBOJM, 2007, p. 143). Isto porque através daquele fundamento não se pode pesar as especificidades de cada caso em concreto, já que, de antemão, se deve privilegiar o coletivo sobre o individual.

Assim é que, estando a administração invariavelmente inclinada a optar por tal recurso, sacrificando os direitos fundamentais, ante a recorrência e a negação de outras possibilidades, em favor de uma instantânea política de segurança pública, importa avaliar fática e juridicamente tal prática. É necessário estabelecer um método útil ao administrador que possa aferir se suas decisões estão consoantes a uma ordem constitucional irradiadora, se os atos decisórios podem realizar princípios e proteger bens e interesses coletivos e individuais na maior medida possível.

4.1.1 O Povo (opinião pública) como instância de legitimação

Todo poder emana do povo anuncia o mote democrático e com ele uma quase que irrestrita instância legitimadora. Erigido ao *locus* de destaque o povo assume ares de divindade. “Desde que Deus se retirou da vida política (...), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago” (MÜLLER, 1983, p. 21). A afirmação de Frederich Müller, além de impactante, guarda impressionante constatação, segundo o qual passa a ser a razão de todas as coisas, em substituição ao próprio Deus, “o povo”. Isto é, se outrora as decisões políticas eram tomadas segundo a vontade divina, agora, deverão ser segundo a vontade do povo, com a crucial diferença, muitas vezes ignorada, de que este último pode ser perfeitamente consultado (MÜLLER, p. 22).

Em outra oportunidade (2003) o autor formula uma pergunta fundamental à democracia: Quem é o povo? O que é evidentemente útil até para orientar a consulta. Afora a categorização trazida na obra a questão termina por evidenciar um desgaste excessivo do que seja “o povo” e uma conseqüente indagação acerca da força atribuída, na medida em que a manipulação se impõe. De fato o povo tem sido recorrido frequentemente como “Instância global de atribuição de legitimidade” (MÜLLER, 2003, p. 59), não apenas na fundamentação do regime democrático, mas

agora, de uma forma muito mais banalizada e, que pretende sustentar dadas opções políticas.

De modo muito frágil um sentimento supostamente generalizado, com frequência defendido por paladinos da honestidade, é forjado, captado e apresentado como anseio da sociedade e, portanto, argumento autorizativo de opções políticas não suficientemente ancoradas nos preceitos constitucionais. A consulta ao “povo” não se dá na percepção intuitiva, pontual do que seja a vontade da maioria, ou na oitiva de interlocutores eleitos pela mídia, o que obviamente fulmina a legitimidade pretendida.

Uma consulta válida pressupõe a superação da apatia e da alienação reinante (MÜLLER, 1983, p. 134), seja por vias da representação (direta) ou plebiscitária (indireta), incluindo um programa de conscientização prévio. Do contrário a “instância legitimadora” presta-se somente à manipulação e ao abuso.

Contudo, a identificação e a disseminação de um sentimento, acusado de generalizado, tem militado a favor da confirmação de práticas públicas abusivas. Isto ocorre por exemplo na questão da segurança pública. Na medida em que se consolida uma idéia repressiva de controle do crime, notadamente com o uso de meios propagadores de ideologia, como textos, filmes e mídias, reforça-se e até justifica-se a adoção de tal política.

Este *status* precário de legitimação também é alimentado por uma lógica superficial acerca das ponderações necessárias no âmbito da segurança pública. A principal assertiva onipresente nesta construção perversa induz à irrestrita prevalência do coletivo sobre o individual. A ponderação subjacente afirma que privilegiar a segurança de todos importa em relativizar o direito de alguns, sendo isto razoável, o que é algo de rápida absorção e reprodução. Sendo este o discurso público nasce uma comutação, apenas aparentemente simbiótica, já que não há ganho real para ninguém, segundo a qual o afinamento da política pública com o que se tem como concordância geral se fortalecem e se justificam mutuamente.

4.2 CONVENIÊNCIA E USO IMPRÓPRIO DA TEORIA

Por todo exposto, devidamente fundamentada a ação administrativa, é que a conveniência deste recurso, isto é, a militarização dos presídios, espraia-se por diversas vertentes, apresentando-se como regra, tornando-a então, extremamente acessível e palatável: i) como dito, sobretudo em razão da formação, não deve haver um questionamento interno, a ponto de corroer a sistemática de dentro para fora. ii) a pré-existência de contingente militar treinado e equipado para uma intervenção bélica torna a opção sedutoramente barata e rápida. iii) há uma aparente e natural aceitação da comunidade, visto que em geral, *a priori*, trata-se sempre de interesse público afeto à polícia, ou à proteção policial, o que de pronto justifica ação. iv) a intervenção militar proporciona uma resposta rápida e, satisfatória do ponto de vista de uma política paliativa de curtíssimo prazo, e v) a idéia internalizada de supremacia do interesse público dá o retoque final, maquiando a imperatividade da ação em prol da coletividade.

Mas a conveniência do recurso nem sempre vem acompanhada da rigorosidade do método. Diversas ponderações são feitas de forma e no momento inoportuno, sem o devido esforço argumentativo. É factível e recorrente o apelo racional, mas raso, que possibilita que inúmeras decisões arbitrárias recebam o carimbo de ponderadas. Necessidade, adequabilidade e a evidente mediação legislativa prévia são, por exemplo, juízos preliminares que passam ao largo da ponderação corriqueira.

Uma ponderação recorrente na prática administrativa que subverte o comando legislativo está na adoção de inventivas soluções arquitetônicas para o acondicionamento dos presos. Alguns exemplos amplamente conhecidos e noticiados são o uso de veículos gradeados, a famigerada cela micro-ondas da delegacia patrimonial da Serra/ES e os contêineres, apelidados com muita propriedade de “latas de sardinha”⁸².

Veja-se que os requisitos necessários ao ambiente prisional foram explicitados claramente na Lei de Execuções Penais, em especial no seu art. 88, que dentre

⁸² A expressão tornou-se corrente devido à inevitável comparação. As celas metálicas foram assim referidas pela mídia local e por diversas autoridades, com muita freqüências, como por exemplo na matéria de capa do Jornal A Gazeta de 17/04/2009.

outros fatores exige “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana”. Desta forma a discricionariedade administrativa restringe-se apenas em eleger elementos de segunda ordem como, por exemplo, o local, baseado em critérios de oportunidade e conveniência. No entanto, em homenagem ao interesse público, à segurança pública, como bem coletivo aparentemente sempre prevalente sobre os direitos mais elementares, no Espírito Santo a orientação legislativa foi solenemente ignorada.

Não há que se ponderar acerca de questões já tratadas inequivocamente na legislação. Neste caso admitir-se-ia, excepcional e temporariamente, uma medida drástica, como a privação da liberdade em local inadequado, se ultrapassado o exame das máximas da ponderação, para casos concretos e pontuais. O que não se admite, no entanto, é uma solução definitiva como a aquisição em massa de contêineres, como elemento principal de um plano de estratégia pública prisional, para depósito permanente de pessoas, ao argumento de preservação da ordem e observância do interesse público. Uma relação de custo/benefício que deixou de fora as necessidades do destinatário (preso e sociedade), que preservou um interesse público estrábico, em homenagem exclusiva à rapidez e baixo custo econômico. Quando isto ocorre, com ares de permanência e constituindo-se em regra, há uma desconsideração do comando legislativo e o deslocamento propositado da discussão, para uma suposta colisão.

No que tange à militarização do sistema prisional, ainda que haja exigência legal prévia de recursos humanos especializados, assim como orientação expressa em tratados e estudos nacionais e internacionais⁸³, o que venha a ser isto: “recursos humanos especializados”, passa pela avaliação subjetiva do administrador e por um juízo de necessidade e adequação superficial. Como se viu, o militar tem sido

⁸³ Os principais documentos que orientam e estipulam as condições mínimas para tratamento do preso preconizam a necessidade de pessoal especializado, treinado e contratado para tal fim, devendo-se inclusive adotar medidas motivacionais no sentido de evidenciar a importância da atividade no contexto social. Neste sentido veja-se: **Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros**. Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.; **Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil**. RESOLUÇÃO Nº 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994 do CNPCP. Publicada no DOU de 2.12.2994; **A Human rights approach to Prision Management:Handbook for prision staff**. Second edition. International Centre for Prision Studies. London, UK, 2009, disponível em www.prisionstudies.org, acessado em 12/08/2010.

considerado apto a velar pela execução da pena através dos anos, portanto considerado adequado e a mediação legislativa que, indubitavelmente quis referir-se a recursos humanos especializados e específicos, com treinamento e filosofia de atuação próprios e concernentes às finalidades da pena e um interesse público consistente, é deslocada do centro das discussões, cedendo espaço ao exame da razoabilidade de urgência.

4.1 SUPORTE TEÓRICO PARA UMA TRANSFORMAÇÃO QUALITATIVA PARADIGMÁTICA

Uma tomada de decisão demanda procedimentos específicos e criteriosos que permitam ao protagonista alcançar seus objetivos previamente estabelecidos. Uma dada tarefa não se deve fazer ao acaso ou por simples intuição. Também não se faz ao arrepio da legalidade ou por encomenda, quando os objetivos não sejam minimamente eleitos dentre os ótimos. Por fim diga-se que um objetivo almejado não pode ser realizado inteiramente por meios distorcidos, apresentando conclusões obtidas por formas apenas aparentemente sólidas.

Ao se pretender metódico, o conhecimento, necessário ao detentor de uma escolha que produz afetação pública, recebe a chancela da rigorosidade, que só se alcança por intermédio de uma sistematização pormenorizada aplicada ao pensamento, que aqui se denominará como método.

Não se tome a denominação de método no sentido amplo da acepção científica e que se vale de determinada metodologia no processo de investigação, como é próprio da dialética ou da fenomenologia, mas sim em um sentido mais restrito e pragmático. Tome-se ainda em um sentido afastado de qualquer pretensão absoluta ou de uniformização, nem mesmo como um passo a passo infalível.

A locução em apreço deve se restringir a idéia de método jurídico/administrativo, consistente em uma sistematização lógica e racional, um ordenamento de idéias

próprias ao âmbito decisório e, capilarizado, isto é, acessível e praticável desde as menores tarefas que importem em uma opção.

En el caso de la ponderación considero que puede hablarse de una forma ordenada de proceder, en la que puede identificarse qué y cómo hay que argumentar, lo que, a mi juicio, excluye hablar de una 'fórmula mágica' carente de racionalidad, y más, de un expediente irracional. (SANTIAGO, 2000, p. 117)

Um método não assegura a verdade ou a revelação de uma única resposta correta, também não se presta a verificá-las cabalmente. O que o método pode oferecer é a organização necessária à aproximação da verdade, da melhor resposta ou à indicação de possíveis erros e a evidenciação da necessidade de extirpá-los, uma vez que o conhecimento científico, metódico, é afinal falível. A verdade é, portanto, para o método e, por conseguinte, para o administrador tão somente o azimute, o seu norte.

O método não se confunde com a vontade política. Contudo, esta deve estar afinada, compatível, e corroborar o procedimento metódico eleito. O método também não deve restringir ou inibir a criatividade do tomador de decisão, que se manifesta na apreensão do problema e na consequente formulação das hipóteses. Contudo, a sistematização será um direcionamento desta criatividade, na medida em que exige o esforço inventivo do descobrimento de alternativas.

Quando um viajante pretende ir de Vitória ao Rio de Janeiro ele tem algumas opções. Poderá ir voando, por terra ou navegando, por exemplo. Poderá, ainda, se a via terrestre for inicialmente a preferida, ir de carro, ônibus, motocicleta, etc... O viajante terá de fazer sua escolha, e, possivelmente, o fará de forma a garantir o provável sucesso de sua empreitada, e com grandes chances de que deseje ainda, a eficácia do deslocamento. Possivelmente procurará garantir que isto ocorra da melhor forma possível, ou seja, de modo seguro, rápido (se for o caso), confortável, barato, etc.

Não é diferente com o administrador, a não ser no que diz respeito à liberdade de não querer uma escolha ótima. Ao se deparar com um dado problema, algumas possibilidades se abrirão para que se chegue à opção apropriada. Tarefa então é eleger o caminho e a forma, já que, dentre as opções, algumas são mais adequadas

do que outras, algumas não são possíveis ou viáveis, alguns recursos podem ser necessários e outros despropositados, e algumas regras lógicas deverão ser minimamente observadas. Ora, não é razoável que o viajante vá ao Rio de Janeiro passando por Manaus ou que vá de patins! Também não poderá ir de trem, pois esta não é uma opção dada. Também, é claro, que se quiser visitar, no itinerário, a cidade de Cachoeiro do Itapemirim, não deverá viajar por mar ou pelo Estado de Minas Gerais. Certamente se o viajante quiser rapidez, sobretudo, irá por via aérea ou então poderá querer privilegiar um amigo e contratar seu serviço de traslado em uma limusine, o que não deve ser uma escolha válida no âmbito administrativo.

O administrador, tal como o viajante, quer se certificar de que suas escolhas são aptas e que o percurso se fará com vistas a determinado fim, no caso a busca de um fim comum, isto é, quando se trata de um problema afeto à administração pública deve-se adicionar à receita um ingrediente revelador dos objetivos daquela comunidade participante. Eis a diferença fundamental. Assim, o método serve aos objetivos do administrador fornecendo instrumental e via. O método permite ao administrador organizar seu raciocínio tirando-lhe proveito e assegurando-se que por meio dele se chegará, como muito maior probabilidade, ao fim que se propõe.

Mas não apenas isto, pois a sistematização da escolha confere legitimação ao ato. Permite ao administrador justificar seus atos e impede que sejam reformados num eventual controle judicial. Por fim a decisão obtida por meios lógicos e racionais permite enfrentar o novo. Contando com recursos e argumentos convincentes, capazes de superar o desconforto e a desconfiança inicial o administrador tem em suas mãos uma excepcional oportunidade de promover um salto qualitativo.

Houve um tempo recente que a condição da mendicância era tomada como caso de polícia. Àquele que porventura se dedicasse a tal atividade (como se fosse uma opção de vida!), receberia do Estado a “cura”, através do tratamento penal. A certeza de que os mendigos seriam uma ameaça à segurança pública e aos bons costumes materializou-se em 1941, com a edição do Decreto-Lei nº 3.688, a Lei das Contravenções Penais, que em seu artigo 60 estipulava pena de prisão para os que, por cupidez ou por ociosidade, mendigassem. A tipificação da conduta aduzia que as pessoas deveriam eximir-se de se valer da condição de mendigo, sob pena de sofrer sérias consequências legais.

Em algum momento, não precisamente identificado ou pontual, despertou-se para o fato de que a mendicância era muito mais danosa para o indivíduo, que para a sociedade; que, preservando-se a dignidade humana daquelas pessoas, individualmente, alcançar-se-ia um benefício social coletivo. O salto qualitativo deu-se então, com a compreensão de que um tratamento penal deveria ceder espaço a um “tratamento” social. Restou evidente que a esmagadora maioria dos desprovidos encontrava-se naquela circunstância indigna por pura falta de opção, e não por terem optado livremente. Restou evidente que só se poderia superar esta condição com a efetiva oportunidade de educação, trabalho, saúde, etc.

A administração então, se adiantou ao legislador e condenou o dispositivo a uma revogação tácita, pelo urgente desuso, que foi mais tarde, em 2008, formalizada com a definitiva retirada do ordenamento jurídico. O que a sociedade e a administração pública notaram precipitadamente foi que, dentre as formas de tratamento da questão, uma mostrava-se mais adequada e necessária do que a outra e que a suposta colisão entre segurança pública, bons costumes e direitos fundamentais do cidadão não ocorriam em abstrato, tão pouco em concreto na quase totalidade dos casos. Antes, porém, uma suposta colisão era o pano de fundo para um tratamento penal e as rigorosidades do braço armado do Estado, legitimando uma intervenção opressora. Ocorreu que a colisão implícita deixou de ser obstáculo à uma nova visão do problema.

Os fundamentos dialógicos, a discussão e a possibilidade de mudança, consubstanciadas na adoção de uma prática racional, sistemática e objetiva, tanto quanto possível, devem permear as preliminares que antecedem o ato decisório. Por esta via será possível abrir um canal inesgotável de discussão produtiva e que permita lançar um embate de idéias que produzem constatações tanto mais razoáveis quanto forem os esforços argumentativos em torno da questão.

Um exemplo de conversão qualitativa possível, que se deve buscar insistentemente, está na questão preventiva da pena privativa de liberdade. Imagine-se uma decisão administrativa que pretenda adotar uma estratégia repressiva em determinada unidade prisional e com isto assegurar, de imediato, a segurança pública. Atrelado a uma construção histórica, a uma lógica implícita e a um imediatismo o administrador, via de regra, vê-se limitado a esta opção. Um salto qualitativo, neste caso, poderia

ser a adoção de uma estratégia humanizadora, que ao final satisfará, com muito mais substância, e de forma muito mais ampla e duradoura, a segurança pública, tanto quanto a preservação dos direitos fundamentais do preso. O salto qualitativo e paradigmático encontra-se exatamente aí, no momento em que a convergência entre ambos prevalece; na revelação da desnecessidade de colisão.

A proporcionalidade tem esta excepcional característica adicional, muito embora, ao final, seja um método apto a revelar qual bem prevalece e qual deve ceder em alguma medida, que alternativa mostra-se razoável. Seu emprego criterioso vai revelar em muitos casos que não se deve chegar à interferência dos princípios envolvidos, não se deve chegar à ponderação propriamente dita. Que o meio suscitado não é necessário, tão pouco adequado e que a interferência em um princípio, por diversas vezes, não pode assegurar proporcionalmente a observância do outro.

Não raras vezes os juízos de razoabilidade desconsideram esta etapa preliminar. Desconsideram que “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras” (ALEXY, 2005, p. 339). Mostram-se também frequentemente alheios ao fato de que, havendo dois meios de se realizar um princípio, deve-se optar por aquele que traga menor prejuízo ao outro oposto. Esta constância, na dita prática de ponderar, transforma o que deveria ser um método em um abuso da teoria, dando ensejo a uma avalanche de críticas.

Um meio M1⁸⁴ só pode ser apresentado como idôneo a realizar um princípio (bem coletivo) P1, em detrimento ou com interferência em um princípio P2, se e, somente se não houver um meio M2 igualmente apto e que não represente uma interferência em P2. Em outras palavras e atento ao caso em concreto ora examinado, a recorrência crônica ao recurso militar (M1) somente deve ser considerada adequada à preservação da ordem pública (P1), quando nenhum outro recurso (M2,3...) mais puder ser lançado para o mesmo fim, sem que haja interferência nos Direitos Fundamentais do Preso e nas finalidades da pena (P2).

Para que M1 seja levado adiante é imprescindível demonstrar a inviabilidade de M2, M3, etc... Se M2 for, por exemplo, apresentado como forma apta a preservar P1, no

⁸⁴ Esta forma pedagógica de apresentação é frequentemente adotada por Robert Alexy em suas mais diversas obras.

caso, transferindo detentos para outras unidades prisionais e, sem afetar P2, este poderá até ser afastado por uma contingência fática, por exemplo, inexistência de vagas, desde que isto não seja uma realidade permanente. Mas se M3 for a adoção de novas práticas na seara prisional, na condição de política pública, tal como a contratação e capacitação de pessoal especializado, o seu desuso deverá ser igualmente justificado por contingências fáticas e jurídicas. Diga-se desde já que esta justificativa, neste caso, não pode passar pela urgência da medida, já que M1 tem sido utilizado reiteradamente ao longo de toda última década. De outro ângulo esta construção lógica representa uma oportunidade ímpar para o abandono de M1.

Nada diferente ocorre quando se tem dois meios, M1 e M2, que igualmente podem realizar P1. Verificado que M1 realiza P1, mas com algum prejuízo a P2 e que M2 realiza de mesma forma P1, sem afetar P2, ou até potencializando P2, tem-se que o meio M1 é desnecessário, ou melhor, indesejável. Assim, M2 é o modo pelo qual se deve alcançar P1, sem interferência em P2.

Mas a máxima da necessidade responde apenas a casos polarizados. Se M2, por outro lado, interfere em P3, e este é um princípio igualmente relevante, torna-se imprescindível uma ponderação, a menos que haja um M3 que não viole nenhum princípio envolvido. De qualquer forma pode-se antever que o meio pelo qual se assegure a dignidade humana, através de políticas públicas comprometidas, goza de uma presunção bastante forte, como sendo o meio apto a não interferir nos demais princípios.

Somente ultrapassando esta espécie de escudo protetor é que se chega à ponderação em sentido estrito. O escudo que se forma em torno da ponderação é capaz de selecionar seguramente os casos em que a afetação de um princípio é efetivamente indispensável. Ainda assim deve-se estar adstrito a uma regra elementar:

A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar 'leis da ponderação'. Ele diz: 'Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro'. (ALEXY, 2005, p. 339)

Mesmo aqueles que desejam suprimir etapas precisam ater-se a este mandamento. Uma interferência na dignidade humana deve estar fundada em uma alta preservação da segurança pública, se se quiser valer-se da proporcionalidade no caso da militarização dos presídios. Mas as taxas de reincidência são espantosas, o número de fugas impublicável e a atividade delitiva no interior do cárcere é, a toda evidência, notória, de forma que não se pode sustentar que o bem coletivo esteja sendo garantido em medida razoável à afetação dos direitos fundamentais. Ademais, neste cenário percebe-se que uma lesão aos direitos fundamentais é duradoura, difícil de ser estancada, talvez insuscetível de recuperação, enquanto a preservação da ordem, a manutenção da segurança pública é precária, imperfeita e fugaz.

Sob outro prisma, num giro completo, a ponderação é, ainda que recorrida premeditadamente, uma construção teórica reveladora. Seu uso criterioso ao final identifica os erros e evidencia, no mínimo, um outro caminho com mais probabilidades de ser o melhor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas perspectivas podem orientar o olhar que se lança sob um sistema prisional. Há os que o vêem por dentro, do lado mais duro. Há aqueles que querem negar ou desconhecer sua existência e que, assim, pouco se importam. Há os que vivem honestamente dele, e os que lhe tiram grandes proveitos escusos. Há, ainda, os que estão do lado de fora, mas deveriam estar dentro e os que nunca deveriam ter estado. Finalmente há aqueles destacados para manter com o sistema laços profissionais de índole pública e, nesta condição, assumem um ônus de comprometimento segundo sua parcela de participação.

Deste último prisma decorrem diversas implicações, dentre as quais um dever inato de crença, de acreditar nas potencialidades benéficas do sistema. Uma característica assim, ativa, só pode ser exigida daquele servidor especialmente sensibilizado, que perceba sua função social, que note sua responsabilidade, como adjetivo a permear os atos concernentes a dadas finalidades da pena, já declaradas.

Ainda aqui, ao menos dois grupos de funcionários públicos, afetos ao momento de execução penal, podem ser distinguidos. Primeiro os que são responsáveis, primordialmente, pela identificação e captura do agressor da sociedade, pela inserção do delinquente no sistema penal, mantendo com ele um vínculo complexo que passa necessariamente por um antagonismo natural e cultural. Estes profissionais tradicionalmente se organizam dentro de uma lógica dualista, polarizadora, de recíproca verdadeira, e o enfrentamento é sempre uma possibilidade real. A noção refratária vem incutida desde a infância, quando valores da sociedade são apreendidos, mas também sob aspectos filosóficos, quando se contrapõem o bem e o mal. A presença deste grupo na última fase penal é tida como uma contingência natural, especialmente se tomada dentro da lógica do tratamento correcional e policialesco. Muito embora sua participação deva ser muito mais ativa na fase inicial, isto é, na manutenção primária da segurança pública, seus serviços podem ser validamente requeridos na etapa final, notadamente quando da potencial ação criminosa no cárcere, não satisfatoriamente debelada por meios menos traumáticos, o que por si só, significa o fracasso de todo o esforço penal. Em outras

palavras, policiais podem e devem intervir na execução penal sempre que a periclitacão da ordem existir, o que deve ser, por óbvio, momento de exceção.

Mas na fase executória, quem era anteriormente colocado como delinquente ou agressor da sociedade, agora sob uma orientacão finalística da pena, assume a personificacão de reeducando, de potencial indivíduo cidadão carente dos préstimos estatais. Desde a significacão verbal, exige-se uma nova postura, nesta nova etapa. É neste contexto que se apresenta o segundo grupo. Por sua vez, os profissionais da execução penal, não devem ter mantido uma relacão prévia com os reclusos, sob pena de acentuarem preconceitos já bastante latentes. Diferentemente do primeiro grupo, este deve ser composto por homens e mulheres imbuídos da idéia da reinserçao social, contratados e capacitados especificamente para esta tarefa. É imprescindível que não tenham suportado, num enfrentamento anterior, situacões determinantes de uma polarizacão danosa. Como a relacão aqui será consideravelmente duradoura (ao longo de toda a execução, com reflexos permanentes), não há sentido em dotá-los de equipamentos, técnicas e táticas específicas ao confronto. Isto porque a execução da pena não deve ser uma troca de agressões.

Apesar da nítida distincão é possível valer-se legalmente, *a priori*, de qualquer um dos grupos para a realizacão da política prisional. A escolha é matéria situada no campo de liberdade administrativa, sem que a adstriçao à legalidade imponha qualquer limitacão prévia. A alocaçao de pessoal militar em cargos de chefia no sistema prisional e na pasta executiva da justiça não encontra óbice legal. Já o emprego da tropa militar no cotidiano dos presídios sustenta-se pelos ícones da preservacão da ordem, da segurancão, e da supremacia do interesse público, afeiçoando-se a uma legalidade suficiente. Transposto então, a exigência de observância de legalidade, adentrando ao campo da discricionariedade, considerando a possibilidade de adocão de medidas insatisfatórias, se impõe o controle das opções públicas por intermédio de um juízo de proporcionalidade.

Mesmo que ambas escolhas sejam legalmente válidas, apenas uma poderá satisfazer o melhor interesse público, preservando-se, na maior medida fática e jurídica possível, por um lado a segurancão pública e por outro os direitos fundamentais, eventualmente em colisao. Cada escolha importa em consequências

distintas. Se por exemplo delibera-se pela militarização dos presídios, um preço factível é a relativização dos direitos fundamentais do preso e a potencial alimentação da lógica cíclica do crime e do confronto; se a opção for a diversa, uma decorrência possível é o dispêndio maior, aparente, de recursos financeiros públicos, além de uma não imediata (paliativa) solução.

Sendo as implicações sérias e diversas deve o administrador recorrer a um método capaz de revelar a melhor escolha, a escolha razoável, ponderada, proporcional, sopesada, etc., o que não se deve fazer de modo superficial, já que a proporcionalidade acrescenta limitações à escolha apenas se for utilizada em um nível argumentativo sistemático e denso. Isto deverá afastar as ponderações meramente intuitivas, as casuístas e as que pretendem simplesmente justificar um continuísmo.

Aplicada a este caso concreto a proporcionalidade lançaria seu primeiro filtro no exame da adequação. Nesta fase então, o administrador responde fundamentadamente se militarizar os presídios e a gestão prisional é uma alternativa adequada à preservação da segurança pública. Isto é, com o emprego de militares nos presídios e na administração prisional, fazendo frente física e imediata a uma potencial ameaça à ordem pode, duradouramente, militar a favor de menores índices de criminalidade. Para sanear tais indagações o administrador deve se valer, por exemplo, de dados estatísticos prévios e de pesquisas atuais, dando conta de que a ação reflète diretamente na diminuição do quantitativo de crimes, ou que ao menos, com a medida, evitou-se um acréscimo esperado. Deve também demonstrar a redução dos índices de reincidência criminal, nos casos em que a execução penal é realizada sob os auspícios castrenses. Por fim o conceito de segurança pública, que é indeterminado, precisa ser explicitado no sentido temporal, ou seja, preservar a segurança pública numa perspectiva imediatista é diferente de fazê-lo de modo duradouro. Portanto, as praxes militares devem responder aos anseios de que o reeducando não torne a delinquir, além de demonstrar que houve prevenção geral.

Mas a resposta ainda é precária. Para denotar-se adequada, a política pública de militarização deve ser constante de um plano de segurança pública amplo. Deve se alinhar a uma estratégia global, com fins específicos, porquanto se for tão somente uma prática isolada, jamais será inteiramente adequada. Assim, havendo discurso e

a obrigatoriedade de ressocialização e de proteção dos direitos fundamentais, a militarização deve-se mostrar adequada a estes fins também. Afinal uma política séria de segurança pública não pode desconhecer destes temas. Preservar a segurança, respondendo a indagação mestre, passa pela observância de critérios outros que são informadores do próprio Estado Democrático de Direito. Reflete-se então, adicionalmente ao seguinte: militarizar os presídios preserva adequadamente a segurança pública em um contexto constitucional de preservação dos direitos fundamentais, da busca pelo melhor interesse público e da consecução de todas as finalidades da pena. Mesmo que haja redução dos índices de criminalidade, o argumento não é válido, se houver inaceitável intromissão nos direitos individuais, ou se os fins da pena são contornados. A adequação não é, portanto um critério a ser superado levemente. Dizer que um meio é apto a alcançar determinado fim importa num exercício argumentativo árduo.

Dizer da necessidade (segundo filtro) da militarização dos presídios não é apenas afirmar: sim, é imperioso adotar medidas enérgicas nesta seara! Mesmo sob orientação repressiva a máxima da necessidade tem por escopo indicar o meio menos gravoso, já que, num contexto subjacente à preservação dos direitos fundamentais, uma relativização só é admitida na menor medida possível. Se todas as opções significam determinados custos, torna-se imperioso quantificá-los e qualificá-los. Nesta fase se responde: dentre todas as opções possíveis, fática e juridicamente, qual é a que causa menor impacto aos Direitos Fundamentais, bens e interesses protegidos. Através de um exercício criativo o administrador primeiramente deve elencar todas as hipóteses viáveis, incluindo mesmo as que possam eventualmente contrariar um interesse público secundário, como as que oneram a administração, as que implicam na adoção de novas práticas e até aquelas que são repelidas pela opinião pública. Isto sem esquecer que as opções que afrontam o ordenamento jurídico já foram descartadas anteriormente, no exame da legalidade, como as hipóteses de soltura prematura dos presos ou a execução de pena capital.

Uma vez apresentado o “cardápio” de soluções, cada qual terá as respectivas implicações decorrentes descritas. São implicações do militarismo no sistema prisional, por exemplo: a redução do efetivo policial na execução de sua missão primária - policiamento ostensivo - e o conseqüente decréscimo na preservação de

segurança pública; o potencial desrespeito aos direitos fundamentais do preso, ou no mínimo, a preservação precária de tais direitos; a alimentação de uma cultura de enfrentamento; o atendimento parcial das finalidades da pena privativa de liberdade. Por outro lado, a contratação e capacitação de recursos humanos específicos ao acompanhamento do recluso importa em: ampliação de gastos públicos; potencial lesão à segurança pública durante o processo de captação e qualificação; desconfiança inicial da opinião pública, e outros.

A constatação empírica carece de se fazer acompanhada de dados estatísticos, estudos e estimativas de gastos que permitam avaliar seguramente cada item. Desta forma deve-se apresentar: uma planilha de custos, comparando-os com os gastos militares; projeções do redimensionamento policial antes e após o deslocamento de efetivo, acompanhado de estatísticas criminais correlacionadas; estimativa de tempo gasto e recursos envolvidos na captação e formação de pessoal específico; previsões e restrições orçamentárias; projeção de risco social na gradativa substituição do efetivo militar nas prisões; relatos de agressões a direitos fundamentais na gestão militar, comparando-os à períodos pretéritos de gestão civil; relatos e estudos acerca das consequências advindas de uma realidade conflituosa nas prisões; relatos e estudos acerca de iniciativas de políticas públicas voltadas às finalidades da pena, com e sem a participação militar; pesquisa de opinião pública; planos estratégicos de conscientização e seus custos.

De posse destas informações mínimas o administrador estará apto a eleger qual a medida discricionária que causará menor impacto, ou impacto mínimo, necessária, deixando de lado todas as outras opções de consequências mais graves. Mas até o presente momento sequer foi necessário realizar uma ponderação propriamente dita. O interessante até aqui é que as alternativas dissonantes da boa prática administrativa já devem ter sido, na grande maioria dos casos, refutadas, o que, possivelmente, não seria diferente no presente caso concreto.

O exame criterioso, entretanto, pode eventualmente apontar para a superação dos critérios da adequação e necessidade, caso admita-se que a militarização é, ao final, apta a preservar a segurança pública e, é o meio que menos afeta o melhor interesse público e os Direitos Fundamentais, dadas as circunstâncias. Neste passo uma ponderação em sentido estrito torna-se inevitável. A tarefa do administrador

comprometido e reflexivo é agora a de informar se o grau de interferência nos direitos fundamentais do preso assegura na mesma proporção a preservação da ordem pública.

A proporcionalidade em sentido estrito é a que revela finalmente um sentido do que seja razoável. Esta só ocorre diante de um caso concreto, como já foi dito, e desta feita a colisão antevista reside justamente no embate entre direitos fundamentais do preso e preservação da segurança pública, na medida em que a administração valesse deste último argumento para a relativização implícita e, por muitas vezes explícita, do primeiro. A reflexão passa a ser acerca da relativização de direitos fundamentais do preso, através da militarização dos presídios e a potencial preservação na mesma medida da ordem pública. Isto é, impende saber se direitos fundamentais da sociedade, exercidos somente na constância de uma mínima harmonização social, são proporcionalmente preservados e valorados, em relação à depressão promovida nos direitos fundamentais do recluso. Ou ainda de modo prosaico e coloquial: averiguar se lesar os presos melhora a vida dos soltos.

O ônus do administrador, comprometido com um método de sopesamento, finalmente, reside na demonstração cabal do benefício aferido em relação a um custo aceito. Ao modo da matemática o esvaziamento de uma variável, dentro de uma relação de proporção, deve incrementar o componente inverso respectivo. Esta lógica, que é pressuposto básico da proporcionalidade e, no presente caso significa que relativizar os direitos fundamentais deve corresponder, tanto quanto, a uma valorização equivalente da segurança pública, autoriza uma conclusão válida por meio da ponderação. Assim, quanto maior, mais duradoura e mais incisiva for a intervenção militar, com sua potencial ofensividade aos Direitos Fundamentais, maior ou mais efetiva deve ser a preservação da ordem pública. E ainda, quanto maior for a intensidade na intervenção de um direito, tanto maior deverá ser a importância em se preservar o outro.

Os esforços argumentativos neste ponto, não diferentemente das fases anteriores, podem e devem passar pela análise de documentos, relatórios, estatísticas, textos e constatações, além da análise fático/jurídica, inclusive oportunizando a manifestação de todos os atores envolvidos, que permitam concluir acerca deste equilíbrio de proporcionalidade/razoabilidade. A relativização dos direitos fundamentais do preso

pode ser aferida pela média histórica, pela evidenciação de práticas inoportunas, pelo relato de presos e familiares, pelas considerações técnicas militares, etc. Já a segurança pública se demonstra observada pelos índices de criminalidade, por pesquisas acerca da sensação de segurança, pelos índices de reincidência, etc. Tudo apurado e analisado, o tomador de decisão pode, com muito mais certeza, fazer finalmente sua opção. Se a segurança mostrar-se efetiva e duradouramente contemplada pela militarização dos presídios, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, uma medida assim, potencialmente lesiva à Direitos Fundamentais, estará justificada. Mas o reverso é que poderá restar evidenciado, então o administrador deverá concluir que a relativização dos Direitos não pode ocorrer.

O presente trabalho, muito embora um posicionamento evidente fosse inevitável, não se presta a uma conclusão definitiva da questão, dizer se a militarização é ou não acertada, pois este exame prescinde de todas aquelas providências que não cabem neste estudo. Sua utilidade é outra. A teoria da proporcionalidade e o instrumental da ponderação são apresentados como método acessível para a tomada da melhor decisão administrativa, o que pode coincidir com uma política prévia, afeita a interesses secundários da administração e até a interesses privados, ou não.

Exigindo-se grande esforço argumentativo, caso a primeira situação seja contemplada o administrador tem para si uma construção legitimadora e que dará à decisão um *status* de conformidade legal, discricionária, consoante ao melhor interesse público, portanto, impassível de reexame judicial. Na hipótese diversa o administrador tem para si uma oportunidade singular de ruptura paradigmática, fundada em uma construção teórica densa e legitimadora, apta a sustentar as agruras do novo.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. **Alterações na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal**. São Paulo: Mundojurídico, 2004.
- ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- _____. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. n. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. **Derecho Y Razón Prática. México**, D.F.: Fontamara, 2002.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro. 2002.
- BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. et. al. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. ZAHAR: Rio de Janeiro, 2000.

_____. **Tempos Líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar Ed.: Rio de Janeiro, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. Passeron, Jean-Claude. **A reprodução. Elementos para uma teoria do sistema de ensino**, Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1975.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias**. Resolução nº 16 de 17 de dezembro de 2003.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, Gomes J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Isabela Cristina Sierra. São Paulo: Minelli, 2006.

CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **O CASO ELLWANGER: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. In: Direito, Política e Filosofia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia do Direito**. 6.ed. Atlas:São Paulo. 1999
- COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) Constitucional. Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 26ª ed. São Paulo:Paz e Terra, 2002.
- _____. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005
- GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Cadernos de Filosofia Alemã 6. São Paulo: FFLCH/USP, 2000.
- GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. Revista de Processo. Ano 31, n. 141, São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HULSMAN, Louk & CELIS, Bernat Jaqueline de. **Penas perdidas - o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- JÚNIOR, Américo Bedê Freire. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.
- JUNIOR, I. D.; SOUZA, M. T.; ALBUQUERQUE, W.M. de. **O Fenômeno da Prisionização e seu Reflexo na Ressocialização do Apenado da Casa de Custódia de Viana**. Revista Preleção. Vitória, Ano 1, n. 2, ago. 2007. ISSN 1981 – 3813.
- KAUFMANN Hilde. **Principios para la reforma de la ejecución penal**, Buenos Aires:Depalma, 1977.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, Madrid : Tecnos, 1999.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’**. Revista Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, novembro 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

O COMBATENTE. **Informativo do Batalhão de Missões Especiais**. Vitória. Ano IV – nº 10. Jan/Fev/Mar 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OMMATI, José Emilio Medauar. **A igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Teses e Monografia 4 – Faculdade de Direito da Universidade do Porto: Coimbra editora, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses em el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos**. In: Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAVIANI, Demerval. **Correntes e tendências da educação brasileira**. In: MENDES, D.T. (org). Filosofia da Educação Brasileira. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1983.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direitos do Estado – nº 4 (outubro/dezembro), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. Zahar: Rio de Janeiro, 2001.

_____. **Rumo à militarização da marginalização urbana**. In: Discursos Sediciosos-. Crime, Direito e Sociedade. Ano 1, nº 15/16. Rio de Janeiro:Revan, 2007.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.