

A INSUFICIÊNCIA CONCRETIZANTE DO ESTADO SOCIAL E A CRISE DE LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO: DA SUBSTITUIÇÃO DO ESTADO PROVIDÊNCIA PELO ESTADO PENITÊNCIA¹

LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO

Pós-doutorando em Direitos Sociais pela *Universidad de Salamanca*. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador dos Cursos de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia e na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo (UESB e FASAVIC). Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade Social e Seletividade Penal (CNPq).

RESUMO

A história dos direitos humanos revela um contexto dialético de construção de garantias destinadas à realização do mínimo existencial. O Estado, saindo de uma posição negativa, assume funções prestacionais positivas, comprometendo-se com a realização da dignidade humana, inserida no contexto de viabilização do mínimo existencial, de forma isonômica, aos seus cidadãos. Nesse sentido, percebemos que a ausência do ente estatal pode impulsionar ou determinar a prática de determinados delitos, sendo imperioso, portanto, investigar os impactos daquela omissão, bem como a possibilidade, em função dessa constatação, de mitigação ou afastamento do poder punitivo estatal, como contraposição ao discurso de substituição do Estado Social pelo Estado Penitência. Trata-se de uma pesquisa exploratória, de natureza indutiva, a partir de uma análise histórica e crítica, com incursão em obras e documentos que versam sobre o tema. Sua importância está fundamentada na necessidade de analisar os efeitos criminalizantes direcionados a determinados agrupamentos sociais, seja numa perspectiva classista, seja em razão de subjugação cultural.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Estado Social; Poder Punitivo; Dignidade da Pessoa Humana.

THE INSUFFICIENCY OF THE CONCRETIZATION OF THE SOCIAL STATE AND THE CRITIQUE OF LEGITIMATION OF THE PUNITIVE POWER: OF THE REPLACEMENT OF THE STATE PROVIDED BY THE PUNITIVE STATE

¹ Texto originalmente inscrito, aprobado y presentado en el XXI Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, del 12 al 14 de julio de 2018, titulado *La segunda generación de derechos humanos*. El Congreso se ocurrió en la Facultad de Derecho y Alcalde Arzobispo Fonseca de la Universidad de Salamanca (<https://congresoddhh2g.blogspot.com/>).

ABSTRACT

The history of the human rights reveals a dialectical context of the construction of guarantees aimed at achieving the existential minimum. The State, out of a negative position, assumes positive performance functions, committing itself to the realization of human dignity, inserted in the context of enabling the existential minimum, in an isonomic way, to its citizens. In this sense, we perceive that the absence of the state entity can impel or determine the practice of certain crimes, therefore, it is imperative to investigate the impacts of that omission, as well as the possibility, according to this finding, of mitigation or withdrawal from the state punitive power, as opposed to the discourse of replacing the Social State by the Punitive State. It is an exploratory research, of an inductive nature, based on a historical and critical analysis, with foray into works and documents that deal with the subject. Its importance is based on the need to analyze the criminalizing effects directed to certain social groupings, in the perspective of class or by cultural subjugation.

Keywords: Social rights; Social State; Punitive Power; Dignity of human person.

DIMENSÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos podem ser considerados como afirmação histórica de concepções morais fundadas na dignidade da pessoa humana, bem como nos valores de liberdade, igualdade e solidariedade. São, ainda, preenchidos em seu conteúdo material com uma força normativa capaz de controlar e limitar o poder do estatal, ou mesmo, de exigir desse mesmo Estado a efetiva realização das necessidades sociais, o que foi esclarecido por Martínez e García²

O núcleo conceitual universal dos direitos humanos pode ser percebido na ideia de igualdade presente na essência humana. São direitos inerentes a toda espécie humana, numa perspectiva categórica kantiana³, resultantes, portanto, de sua própria natureza, e não

² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la modernidade y derechos fundamentales. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

³ O imperativo categórico kantiano se consubstancia da formulação segundo a qual uma ação é necessária em si mesma, sem qualquer relação finalística exterior, diferente do imperativo hipotético, que, ao seu turno, a necessidade prática de uma ação possível está vinculada ao meio de se conseguir algo. (Kant, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. trad. Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995).

de opções políticas. Nesse sentido, explica Fábio Konder Comparato⁴ que a “dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo. (...) ela resulta também no fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia”.

Não olvidamos que a história dos direitos humanos é resultante de um processo caracterizado por lutas. A própria evolução social – como perspectiva da essência humana – exigiu a discussão e a implementação de novos direitos, ao que se somava o debate acerca da sua natureza fundante. Nesse contexto dialético está situada a construção de direitos direcionados à satisfação das liberdades humanas.

Ao investigar o fundamento dos direitos humanos, Norberto Bobbio⁵ ressaltou a importância em concebê-los como desejáveis, justificando as escolhas que já foram realizadas, com os direitos já reconhecidos, bem como aqueles que ainda não alcançaram sua materialização prática. Essa busca faz nascer a ilusão de um fundamento absoluto, com um grau de certeza que o tornasse inquestionável, como fizeram os jusnaturalistas, ao afirmarem a existência de direitos superiores que eram derivados da própria natureza humana.

Indubitavelmente, a análise da evolução histórica perpassa pelo estudo das declarações de direitos que, deveras, representam verdadeiros baluartes de reafirmação dos direitos fundamentais, a partir do reconhecimento formal de sua existência, numa dimensão jurídica, o que se inicia com a Magna Carta Inglesa, datada de 1215, de acordo com as lições de Gregorio Peces-Barba Martínez⁶. O documento foi considerado como um dos pactos da história constitucional inglesa, constituindo um acordo entre o rei João sem Terra e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses, com o reconhecimento de alguns privilégios especiais. Nesse acordo, foram reconhecidas garantias individuais, inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês⁷.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la modernidade y derechos fundamentales. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

⁷ OESTREICH, Gerhard. Pasado y presente de los derechos humanos: la Idea de los derechos humanos a través de la historia. Madrid: Tecnos, 1990.

Salientamos, todavia, que este documento não se estendia aos homens não livres que, à época, constituíam a maioria da população. É possível perceber, consoante palavras de Dirley da Cunha Junior⁸, que a principal contribuição histórica da Carta Magna se verificou na limitação do poder do soberano, a partir da consideração de normas superiores fundadas no costume, na religião e, ainda, de direitos subjetivos dos governados.

Apesar de sua notória importância de desenvolvimento dos direitos, torna-se imperioso salientar que a Carta Magna Inglesa não apresentava, ainda, os autênticos direitos fundamentais, em razão da outorga pelo rei de direitos num contexto socioeconômico caracterizado pela desigualdade social, restringindo demasiadamente seu alcance, o que se percebe claramente nos escólios de Maurizio Fioravanti⁹.

A *Petition of Rights* (petição de direitos), de 07 de junho de 1628, é um segundo documento que revela importância ímpar na história dos direitos fundamentais. Trata-se de um documento que foi dirigido ao monarca, com pedidos de membros do Parlamento, que objetivavam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os governados. Coadunando com os ideais da Carta Magna, em verdade, o que se requer com a *Petition of Rights* é o cumprimento daqueles direitos. Dirley da Cunha Junior¹⁰ explica que, em troca de recursos financeiros que dependiam do Parlamento, o Rei firmou este acordo.

Em 1679, as reivindicações de liberdade foram reforçadas pelo *habeas corpus act*, que se contrapunha às prisões arbitrárias dos déspotas, constituindo garantia judicial de proteção da liberdade de proteção¹¹. Dez anos após, ao cenário jurídico-político foi apresentado o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), de 13 de fevereiro de 1689, considerado como o mais importante documento inglês decorrente da *Glorious Revolution* de 1688, sendo responsável pela abdicação do rei Jaime II, com designação de novos monarcas com poderes limitados pelo Parlamento que, ao seu turno, firmou-se como supremo, num cenário de relevância para a separação dos poderes. Esse documento eliminou o regime de monarquia absoluta, instituindo a monarquia constitucional,

⁸ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁰ Cunha Jr., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

submetida à soberania popular, com um modelo estatal de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, reafirmando, ainda, direitos fundamentais, como o de petição e da proibição de penas inusitadas e cruéis. É ainda considerado como um dos documentos constitucionais mais importantes do Reino Unido¹².

A Declaração de Direitos foi, ainda, complementada pelo *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono), de 1707, que, segundo as lições de Alexandre de Moraes¹³, reforçou as limitações do poder monárquico, consolidando e conformando substancialmente os direitos fundamentais. Consoante o entendimento de Dirley da Cunha Junior¹⁴, devemos reafirmar que esses documentos ingleses se limitaram a reduzir as arbitrariedades do rei a proclamar a supremacia do Parlamento, não podendo ser considerados como responsáveis pela origem dos direitos fundamentais, como se conhece atualmente.

O período histórico que compreende o final do século XVII até 1775 foi caracterizado pela valorização do ideal da tolerância e da liberdade, notadamente, a religiosa. Trata-se de um momento de revolução ideológica apresentando como principal fundamento “*la importación de las ideas de los pensadores europeos (destacando en este sentido las aportaciones locales de John Locke, Lord Baltimore, William Penn o Roger Williams)*” e, ainda, a conjunção de outros motivos, como “*la consolidación de doctrinas religiosas no violentas, como el cuaquerismo, favorables al pacifismo y la resistencia a la violencia, intereses económicos y sociales.*”¹⁵

A primeira Declaração de Direitos, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 16 de junho de 1776, antes mesmo da declaração de independência das treze colônias. Tratou tal documento de reconhecer os fundamentos do regime democrático, com a consideração da soberania popular e do poder pertencente ao povo, com uma inspiração essencialmente jusnaturalista¹⁶. Para Dirley da Cunha Junior¹⁷, a

¹² CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹³ Moraes, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁴ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003, p. 49.

¹⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. PORRAS, Javier Dorado. Derecho, sociedad y cultura em el siglo XVIII. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los

referida Declaração firmou os princípios da igualdade entre os homens perante a lei, com rejeição de hereditariedade dos cargos públicos e de privilégios exclusivos ou especiais, bem como o princípio da liberdade e da independência.

A Declaração da Virgínia serviu como inspiração para várias outras declarações e, ainda, para incorporação dos direitos fundamentais à Constituição norte-americana de 1791, sustentando os ideais de liberdade, separação das funções dos poderes, direito ao sufrágio, coadunando com a ideia de soberania popular, direito de defesa nos processos criminais, julgamento por um juízo imparcial, vedação de castigos cruéis ou inusitados, evitando mandados de arbitrariedades, liberdade de imprensa, soberania externa do novo Estado independente, respeito à justiça, dentre outros princípios alicerçantes decorrentes de outros direitos fundamentais¹⁸.

O avançar na história permite afirmar que o documento que melhor representa o constitucionalismo liberal de inspiração jusnaturalista é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Seu conteúdo apresenta a proclamação dos princípios de uma ordem burguesa, com ênfase à liberdade, à igualdade, à propriedade e à legalidade, além das garantias liberais, presentes, ainda, nas declarações contemporâneas¹⁹.

O início do século XX foi abalizado pela elaboração de diplomas constitucionais consagradores de novas perspectivas dos direitos humanos. A Constituição mexicana de 1917 acabou por antecipar alguns desdobramentos do direito social, ao apresentar um rol de direitos do trabalhador, o que, inclusive, foi percebido no texto da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada em janeiro de 1918, na Rússia, transitando do primado da liberdade ao primado do valor da igualdade²⁰. Esse documento,

derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Perces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes García (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

¹⁷ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹⁸ ANGÓN, Oscar Celador. Libertad religiosa e revoluciones ilustradas. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Perces-Barba Martínez. Eusebio Fernandes García (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

¹⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. São Paulo: Peirópolis, 2002

²⁰ Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

na verdade, não enunciava direitos, mas princípios de ordem social²¹. A Constituição de Weimar, editada na Alemanha, em data de 11 de agosto de 1919, de igual modo representou um marco, em razão de consagrar os direitos tradicionais, conferir maior ênfase aos direitos socioeconômicos e, principalmente, por mostrar forte espírito de defesa dos direitos sociais²².

Indubitavelmente, o grande marco da história dos direitos humanos no mundo moderno está situado na data de 10 de dezembro de 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na esteira de pensamento de Flávia Piovesan²³, com um conteúdo de caráter ético universal, combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, esta Declaração apresentou uma linguagem de direitos até então inédita, tornando-se a principal fonte de inspiração para diversas Constituições, apregoando a proteção aos direitos fundamentais, em sua vertente individual, social e comunitária, visando assegurar um convívio social digno, justo e pacífico. Significou a consagração do consenso sobre valores universais que deveriam nortear os Estados.

Nas linhas de construção teórica, João Baptista Herkenhoff²⁴ explica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento com característica de especificidade, podendo ser considerado como uma carta de princípios que possui, como função basilar, o dever de nortear o estatuto dos direitos humanos, seja no âmbito interno ou, ainda, internacional. Muito mais, pode ser considerada, por sua amplitude, como um conjunto de direitos e faculdades essenciais ao desenvolvimento da personalidade física, moral e intelectual, além de possuir o caráter da universalidade, devendo ser aplicada a todas as pessoas de todos os países, sexos, religiões e raças²⁵.

No sistema interamericano, é possível afirmar que o instrumento de maior

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²² MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

²⁴ HERKENHOFF, João Batista. Direitos humanos: a construção universal de uma utopia. 3. ed. Aparecida – São Paulo: Santuário, 1997.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

relevância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, tendo sido assinada em 1969 e entrado em vigor em 1978. O documento pode ser considerado como instrumento reconhecedor e assecuratório de direitos civis e políticos, dentre os quais se destacam o direito à vida, o direito à personalidade jurídica, o direito à liberdade, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial, como leciona Piovesan²⁶. É de bom alvitre lembrar que a evolução do protecionismo dos direitos fundamentais conduziu à criação de mecanismos internacionais, como a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ou quase judiciais, como a Comissão Interamericana de Direito Humanos e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, apresentando um cenário de superação da ideia de soberania, para sujeitar os Estados às diretrizes normativas internacionais de direitos humanos²⁷.

Apesar da importância supramencionada, é possível afirmar que o conceito de direitos humanos não se estabilizou com o texto de 1948, mesmo porque, se contrário fosse, admitir-se-ia a ausência do sentido histórico de tais direitos, o que se revela, ao mínimo, incoerente quando se constata o sentido dialético presente em sua construção substancial, conforme assevera João Baptista Herkenhoff²⁸.

A partir dessa análise histórica, pode-se perceber a função do Estado como instrumento de proteção de um catálogo de direitos que deve ser assegurado ao homem, considerado como fim em si mesmo. Nesse sentido, o Estado só se justifica, e só existe, em função do respeito, da promoção e das garantias dos direitos fundamentais do homem, considerados como núcleo essencial do ordenamento jurídico-constitucional. É nessa perspectiva funcional que Dieter Grimm²⁹ afirma que o Estado atua de maneira concreta, ampla e retrospectiva, com a finalidade de cumprir sua função de garantia.

A historicidade dos direitos humanos, até então apresentada, conduziu à consolidação do Estado democrático de direito, quando são criados mecanismos jurídicos que possibilitam a participação popular nos centros decisórios e, ainda, instrumentos de

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

²⁷ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

²⁸ HERKENHOFF, João Batista. Direitos humanos: a construção universal de uma utopia. 3. ed. Aparecida – São Paulo: Santuário, 1997.

²⁹ GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

controle e limitação do poder estatal. Aqueles valores liberais passaram a ser considerados como categorias de normas jurídicas que seriam invocados até mesmo contra o Estado³⁰. Quando as Constituições modernas inseriram, em seus textos, os direitos do homem, positivando-os, foi conferida a essa classe normativa a adjetivação de direitos fundamentais, em razão de integrarem uma ordem jurídica interna.

A evolução histórica-evolutiva dos direitos fundamentais pode ser percebida em momentos distintos, de acordo com a “teoria das gerações de direitos” desenvolvida pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak. Inspirado pelos ideais franceses revolucionários, Vasak apontou a existência de três gerações: a primeira é representada pelos direitos civis e políticos, alicerçados na liberdade, localizada, portanto, por ocasião das revoluções burguesas; a segunda geração revela os direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentados no ideal de igualdade, apontando para o período da Revolução Industrial e, principalmente, para os problemas sociais dela decorrentes; a última geração de direitos pode ser considerada como a dos direitos de solidariedade, com maior ênfase ao direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, completando a tríplice fundamentação revolucionária com a fraternidade. Esse último período é impulsionado após a Segunda Guerra Mundial, principalmente com o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como ressalta Marmelstein³¹.

Os direitos civis e políticos marcam a primeira dimensão dos direitos fundamentais, encontrando reconhecimento nas Declarações do século XVIII e nas primeiras constituições modernas. Tratam-se de direitos que exigem uma posição negativa do Estado, numa clara adoção do paradigma do *laissez-faire et laissez-passer* pregado pelo liberalismo econômico defendido por Adam Smith. Segundo Dirley da Cunha Junior³², a inspiração jusnaturalista, desse contexto histórico, confere destaque aos “direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos.” São direitos exercidos contra o Estado, na medida em que se objetivava a proteção das liberdades,

³⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³¹ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³² CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 599.

sendo considerados, portanto, como óbices à ingerência estatal.

A posição negativa ou não-intervencionista do Estado possibilitou a construção de um cenário de desigualdades sociais, caracterizado pela exploração e pelas condições deploráveis dos trabalhadores. Segundo José Paschoal Rossetti³³, a política do *laissez-faire* não se conseguiu materializar a justiça, antes, “prevaleceu a lei dos mais fortes: em muitas atividades, ela sufocou as forças da concorrência. O modo liberal-individualista de produção não conduziu à justiça distributiva tão amplamente quanto imaginaram seus ideólogos.” A situação apresentada acarretou, de forma consecutória, uma série de reivindicações. Nessa conjuntura surgem as bases para o nascimento do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), com a criação de condições para a construção de uma nova ordem política-econômica que corroborasse com o sentido de justiça, a partir do reconhecimento formal dos direitos sociais³⁴.

O Estado do bem-estar social se desenvolveu nesse contexto de intervenção na economia e na sociedade, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos sociais. Por esse motivo, a segunda dimensão dos direitos fundamentais pode ser considerada como reflexo de uma ordem de direitos positivos ou prestacionais, quando o Estado passa a assumir o dever de atender as necessidades do indivíduo.

Conforme assinalamos em momento anterior, os documentos históricos que conferiram maior ênfase a tais direitos foram a Constituição mexicana de 1917, que antecipou desdobramentos do direito social, apresentando um rol de direitos do trabalhador, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada em janeiro de 1918, na Rússia, que consagrou como valor máximo a igualdade, e a Constituição alemã de Weimar de 1919, representando um progresso na história de proteção dos direitos sociais.

O princípio da solidariedade, apontado por Karel Vasak, como fraternidade, foi consagrado pela terceira dimensão dos direitos fundamentais. São direitos coletivos e difusos, que passam a ser construídos a partir de uma vertente metaindividual, com perspectiva de proteção de categorias ou grupos de pessoas. Segundo George

³³ ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à economia. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 305.

³⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Marmelstein³⁵, podem ser considerados como direitos de terceira dimensão o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

A evolução histórica dos direitos fundamentais revela um caráter ampliativo de direitos e garantias, sendo admitido o reconhecimento de novas gerações ou dimensões de direitos. Por essa razão, Paulo Bonavides³⁶ anota a existência de outras duas dimensões de direitos fundamentais: a quarta dimensão é resultante da globalização e corresponde à universalização daqueles direitos no plano institucional do Estado social. Seriam os direitos à democracia direta, ao pluralismo, à informação, à mudança de sexo, direito contra manipulações genéticas e, de forma mais ampla, aos direitos relacionados à biotecnologia. Norberto Bobbio³⁷ ressalta que essa dimensão representa os direitos relativos à engenharia genética.

A quinta dimensão de direitos, ao seu turno, apresenta o conteúdo nuclear ao progresso de todas as nações, consubstanciado no direito à paz. Nesse aspecto, consideramos como uma emancipação do direito à paz, sem, no entanto, se desvincular das demais dimensões dos direitos humanos, ainda que goze de certa autonomia histórico-científica. Nesse sentido, Paulo Bonavides³⁸ afirma que “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança de direitos.”

O direito à paz é apontado pela primeira vez, numa perspectiva jurídica, na Declaração das Nações Unidas, retomada, posteriormente, na Proclamação da Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã³⁹, que apontou como conteúdo a noção de que “a paz constitui uma aspiração universal da humanidade, e que para a realização plena dos direitos humanos e as liberdades fundamentais são indispensáveis à paz e à justiça”.

³⁵ *Idem.*

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

³⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 86.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamação da Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã, de 13 de maio de 1968, p. 1.

A CRISE DA LEGITIMIDADE PUNITIVA DO ESTADO: DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS AO ESTADO PENITÊNCIA

Os direitos humanos possuem uma historicidade própria, revelando a necessidade de existência de garantias cumulativas. Tratam-se de verdadeiros baluartes de conquistas realizadoras da própria dignidade humana. Nesse contexto, é possível afirmar que a mutação de seu conteúdo revela a necessidade de adequação exigida pela sociedade e atendida pela ordem jurídica. Os direitos fundamentais, ao seu turno, passam por um processo de positivação, alcançando espaços explícitos e implícitos na ordem constitucional vigente em determinados Estado e momento.

Erigidos a uma ordem de tutela constitucional, os direitos fundamentais compõem um sistema principiológico que, no âmbito penal, revela-se como modelo de garantias a serem observadas pelo Estado, quando da elaboração e aplicação de regras relacionadas às sanções criminais. O Direito Penal deve ser abalizado por uma estrutura de limitações ao exercício do poder estatal, sendo tais limitações formadas por um sistema de princípios que alcançaram status de superioridade no ordenamento jurídico, ao que chamamos de direitos fundamentais, como sustenta Luigi Ferrajoli⁴⁰.

O contexto que ora se delineia é corroborado, conclusivamente, pelas lições de Norberto Bobbio⁴¹, ao afirmar que “através da reclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente.” Esses valores não podem ser abandonados, mesmo diante do cometimento de ilícitos penais. Ainda mais, nesse momento, devem ser protegidos, pois a força vingativa orientada pelo ideal de retribuição poderia alcançar, inclusive, o núcleo essencial daqueles direitos, caso não existissem limitações à atuação punitiva. Não restam dúvidas de que o postulado racional da dignidade da pessoa humana, erigida na ordem constitucional brasileira de 1988, como fundamento de existência do Estado Democrático de Direito, constitui núcleo essencial a ser considerado. Além de possuir uma força de irradiação própria, tal princípio reúne em si elementos de existência de tantos outros, servindo, ainda, como instrumento norteador de

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer/ Fauzi Hassan Choukr/ Juarez Tavares/ Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴¹ Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

elaboração e aplicação de regras.

Como salientamos, no ordenamento jurídico pátrio, o caráter ímpar do princípio da dignidade da pessoa humana o posicionou numa condição *sine qua non* de existência do Estado. Mais ainda, apresenta-se como qualidade integrante da condição humana, exigindo reconhecimento e tutela. Em sua apresentação teórica, Luiz Antônio Rizzato Nunes⁴² afirma que “a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais.”

Este será o real sentido do princípio da dignidade da pessoa humana à orientação da proposta central desta pesquisa, considerando-o como norteador da interpretação e da aplicação dos demais princípios a fim de se estabelecer a tutela justa e digna do Direito Penal, e, mais especificamente, na aplicação de penas que concretizem o ideal da *Lex Superior*. Com essa mesma razão, Jorge de Figueiredo Dias⁴³ já idealizada uma maximização da funcionalidade penal, limitando-a na inviolabilidade da dignidade humana, devendo ser afastado – ou evitado – qualquer ato de restrição capaz de gerar conflito com aquela garantia.

Apesar de ser considerado como valor jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é constantemente violada pelo sistema prisional pátrio, colocando em risco os pilares do Estado moderno, notadamente quando do exercício do poder punitivo estatal. É inconcebível, ainda que remota, a desconsideração desse valor intrínseco ao homem enquanto ser individual.

É inconcusso o caráter de relativização aplicado ao princípio da dignidade humana, o que autoriza afirmar que não se apresenta como direito absoluto. O Estado, ao se colocar na posição de detentor do *jus puniendi*, distancia-se de determinadas garantias constitucionais, coisificando o indivíduo que praticou um delito ao desconsiderar, em momentos diversos, sua dignidade. Não há que se falar em desdouro, pois o princípio trazido à lume é elemento inerente ao ser humano, não devendo existir direito-dever

⁴² Nunes, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. Conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto. Portugal, 1983.

punitivo que possa extirpá-lo.

Como expressão da dignidade humana, apresenta-se a liberdade, direito fundamental que encontra suas raízes jurídicas na primeira dimensão dos direitos humanos, como leciona Dirley da Cunha Jr.⁴⁴, ao informar a primeira função dos direitos fundamentais. Dessa forma, a liberdade corresponde ao direito ao não impedimento às ações do titular do direito fundamental, à não-afetação dos bens protegidos ou de propriedades e situações. Trata-se, na verdade, da consideração de direitos fundamentais relativos às competências negativas para o Estado, na medida em que obstam a atuação estatal na esfera juridicamente protegida do indivíduo, criando posições subjetivas que conferem ao indivíduo o poder de exercer ou não os seus próprios direitos (liberdades positiva e negativa). O Estado, diante de tal função, não pode afetar os bens jurídicos por esses direitos protegidos. Por certo, essa função não é absoluta, pois exclui a atuação abusiva do Estado que transgride os limites constitucionais, e não corrobora com a exclusão absoluta da ação estatal.

Não podemos desconsiderar a carência de legitimação penal, quando se resume tal esfera jurídica à pena privativa de liberdade ou outras espécies de sanções, pelas razões demonstradas por Foucault⁴⁵. São inúmeros os problemas que pioram pela situação de superlotação carcerária. Ao que se apresenta, a pena de natureza *ultima ratio* recebeu uma valoração demasiada.

É, nesse sentido, que Thomas Mathiesen⁴⁶, em clara posição abolicionista, assevera que a prisão possui cinco funções: a primeira função é depurativa, na medida em que os “improdutivos” serão encerrados num instituto; a segunda função é direcionada à redução da impotência, reduzindo ao silêncio aqueles que foram considerados improdutivos, escondendo-se as mazelas sociais, como forma de evitar a assunção da fraqueza da sociedade; a terceira função é diversiva, pois a privação da liberdade será utilizada para desviar a atenção das ações mais socialmente perigosas, alcançando os autores de pequenos crimes contra a propriedade; em seguida, tem-se a função simbólica,

⁴⁴ CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁴⁶ MATHIESEN, Thomas. Perché il carcere? trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996.

estigmatizante, marcando os indivíduos e mantendo um grupo de detidos para ressaltar sua eficiência; a quinta e última função se direciona ao aparelhamento estatal no oferecimento de uma resposta uniforme e de impacto coletivo.

O sistema-jurídico penal institucionalizou a violência por um discurso de defesa social. Nesse aspecto, não podemos desconsiderar que a pena se insere, na atualidade, como uma das formas mais severas de controle social, numa espécie de violência legalizada do subsistema penal.

Nesse sentido, Michel Foucault⁴⁷, afirma que “a mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância.”

Em uma perspectiva dos direitos fundamentais, é autorizado afirmar que a pena, nos moldes executórios atuais, constitui verdadeira afronta à dignidade humana: da relativização da liberdade, chega-se à mitigação de uma série de direitos que estão diretamente interligados e relacionados com o núcleo essencial da dignidade humana. E, ainda, mais, revela o funcionamento altamente seletivo, ao ser considerada como reflexo de um panorama de proteção de bens e interesses que interferem no processo de recrutamento da clientela do sistema, conforme leciona Cláudio Prado Amaral⁴⁸.

Os direitos mais atingidos pelo poder degradante do cárcere são aqueles considerados como direitos de segunda dimensão ou geração dos direitos humanos, assim considerados os direitos sociais que devem ser efetivados a partir de prestações positivas. Segundo lições de Dirley da Cunha Jr.⁴⁹, deve haver um empenho na efetivação dos direitos sociais na medida do possível, dentro de uma reserva do possível, que, deveras, não pode reduzir a efetivação de tais direitos a um apelo ao legislador, em razão de uma imposição constitucional legitimadora – direito fundamental à efetivação da Constituição.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 224.

⁴⁸ AMARAL, Cláudio do Prado Amaral. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

⁴⁹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CONSIDERAÇÕES (IN)CONCLUSIVAS SOBRE A LEGITIMIDADE PUNITIVA ESTATAL

O presente artigo se refere a prolegômenos de uma construção teórica relativa à pesquisa sobre a inefetividade de realização de direitos sociais no Estado brasileiro e seus impactos na legitimidade do poder punitivo estatal. Consideramos como paradoxal o fato de serem ofertadas as prestações sociais destinadas à garantia do mínimo existencial ao cidadão e, após a prática de determinados delitos, notadamente aqueles cujo substrato motivacional está fundado no patrimônio e em questões culturais, o Estado exercer seu poder punitivo. Noutras palavras, percebemos a crise de legitimidade desse poder estatal, em virtude de ser promovida uma substituição do Estado Social por uma Estado Penitência.

Observamos que os direitos estatuidos no Texto Constitucional, internalizando a ordem internacional de tutela de garantias mínimas à existência humana, não são materializados. Diante de tais informações, é legítimo afirmar que o dever de realização daqueles direitos não é limitado ao legislador, quando do exercício de sua função precípua. Por certo, quando se trata de restrição de outros direitos, como a liberdade, o juiz e, ainda, a esfera administrativa responsável pela execução penal devem observar os critérios de mitigação, ao tempo em que mantêm a realização dos direitos sociais, sem atingi-los em seu núcleo essencial. Trata-se da consideração do direito à saúde, à educação, ao lazer, à alimentação suficiente, dentre outros, que devem ser implementados nas unidades prisionais. Todavia, a lógica discursiva da reserva do possível serve como justificativa ilegítima à não realização de direitos sociais, mesmo em fase antecedente à prática delituosa.

De acordo com as lições de Luigi Ferrajoli⁵⁰, não há que se falar em perda do *status* de cidadão, quando do cometimento de um delito. Em verdade, ainda que seja autorizada e, de certa forma, imposta ao Estado um dever punitivo, não pode exercê-lo de forma arbitrária ou mesmo desconsiderando o caráter humano que não é abandonado. A restrição do direito de liberdade do homem não infere na sua total extirpação, sendo ilegítimo e antidemocrático o Estado que age de forma arbitrária. Tais ideias estão

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer/ Fauzi Hassan Choukr/ Juarez Tavares/ Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento que fundamenta, inclusive as limitações de atuação estatal bem como o seu dever prestacional.

É com esse espírito humanitário que deve o Direito Penal ser percebido: não como um conjunto de regras de restrição a direitos fundamentais, mas como um sistema de proteção contra possíveis arbitrariedades, devendo considerar, portanto, as peculiaridades de um Estado omissivo na realização de direitos sociais. A violência legalizada é evidente no sistema jurídico-penal nacional, racionalizando cada vez menos os órgãos que exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa, além de corroborar com a tese de que um Estado não-prestacional não possui o direito de punir determinados sujeitos, em razão da prática de infrações específicas ou, em sentido menos crítico, deveria utilizar da sua omissão como atenuante o exercício do seu poder punitivo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado Amaral. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via. Leme: J.H. Mizuno, 2005.
- ANGÓN, Oscar Celador. Libertad religiosa e revoluciones ilustradas. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Perces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. Conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto. Portugal, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer/ Fauzi Hassan Choukr/ Juarez Tavares/ Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HERKENHOFF, João Batista. Direitos humanos: a construção universal de uma utopia. 3. ed. Aparecida – São Paulo: Santuário, 1997.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. trad. Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. PORRAS, Javier Dorado. Derecho, sociedad y cultura em el siglo XVIII. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. ORTEGA, Manuel Segura. La filosofía de los límites del poder. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la modernidade y derechos fundamentales. In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Gregorio Peces-Barba Martinez. Eusebio Fernandes Garcia (dirección). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

MATHIESEN, Thomas. Perché il carcere? trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

OESTREICH, Gerhard. Pasado y presente de los derechos humanos: la Idea de los derechos humanos a través de la historia. Madrid: Tecnos, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamação da Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã, de 13 de maio de 1968.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à economia. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. São Paulo: Peirópolis, 2002.