

**PUNIÇÃO E CONSTITUIÇÃO:
CINCO PRINCÍPIOS PARA O FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

PAULO BARROZO

Published in

“Anais da XXII (2014) Conferência Nacional dos Advogados”

of the Bar Association of Brazil

RESUMO

As ordens constitucionais punem - e elas punem abundantemente. Todavia, a análise da constitucionalidade da pena no Brasil e no mundo tende a ser reativa ao focar em violações constitucionais. Considerada sob essa ótica, a abordagem da pena constitucional centra-se em condições de inconstitucionalidade em vez de proativamente indagar sobre as bases constitucionais da pena como prática liberal democrática legítima. Abordagens reativas são informadas predominantemente por teorias morais sobre as condições sob as quais a pena é legítima. Em contraste, abordagens proativas requerem uma teoria política da pena como prática legítima dos Estados. Este artigo integra as abordagens reativas e proativas ao aproximar as teorias morais e políticas da pena.

As diferenças entre as duas abordagens e as teorias que as informam podem parecer sutis demais para suscitar interesse. Elas encontram-se separadas, contudo, por um grande espaço constitucional, e as suas diferenças transformam-se em importantes consequências doutrinárias, normativas e práticas. Não obstante, apesar das diferenças entre essas abordagens concorrentes, eu sustento que a sua integração na articulação das bases da pena como prática constitucional legítima apresenta-se ao alcance das doutrinas constitucionais existentes no Brasil.

Nesta palestra proponho que a pena constitucional deve apoiar-se em cinco princípios.¹ Primeiro, ordens constitucionais devem assumir responsabilidade constitucional pela pena como uma forma de vulnerabilidade coercitiva criada e imposta por tais ordens. Segundo, a violência estatal na forma de pena deve ser concebida e formulada livre de crueldade, e praticada sob esse ideal regulador. Terceiro, o respeito pelos indivíduos como a personificação da dignidade humana deve ser ativamente afirmado em vez de simplesmente não violado pela pena. Quarto, essa afirmação da dignidade humana por meio da pena requer que a pena satisfaça objetivos penais justificados moralmente e trate com seriedade a agência moral daqueles sujeitos a ela. Finalmente, a pena que falhe em cumprir as condições acima deve ser integralmente reformulada e recursos adequados e preventivos devem estar disponíveis e acessíveis. Se a doutrina constitucional brasileira da pena for reformada o suficiente para apoiar-se nesses princípios, as condições necessárias da pena constitucional legítima estariam satisfeitas.

Por isso proponho que as advogadas e os advogados do Brasil usem seu labor e sua autoridade para liderar o Brasil em direção a um futuro em que penas por crimes venham a refletir os cinco princípios acima, e dessa forma fazer com o direito penal e suas penas venha a ocupar seu devido lugar no palco constitucional de uma sociedade decente.

¹ A palestra baseia-se em meu artigo *Reconstructing Constitutional Punishment*, 6 Washington University Jurisprudence Review 175 (2014). O artigo pode ser acessado aqui: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2460067

O PROBLEMA E A PROPOSTA

A. O problema

O problema da punição constitucional no Brasil é prático, com profundas raízes e causas teóricas. A dimensão prática do problema inclui a calamidade da desumanidade dos presídios e cadeias brasileiras. Trata-se aqui de uma crise humanitária e de direitos humanos de importância e envergadura históricas. Mais uma mancha indelével - junto, por exemplo, à escravidão² e ao preconceito contra portadores de necessidades especiais - na alma do Brasil. O aspecto prático do problema não escapa a quaisquer observadores minimamente atentos e despertos em sua intuição moral. Por isso, aqui foco nas raízes teóricas, menos evidentes, do problema. Se alguma, esta será minha modesta contribuição ao debate sobre a punição penal no constitucionalismo brasileiro.

Esclarecendo a dimensão teórica do problema, começo com o básico. As constituições devem constituir ordens políticas e jurídicas. Uma vez que tal ordem foi estabelecida, seja quais forem as suas características específicas, surge o problema de como mantê-la e reproduzi-la ao longo do tempo. Aqui o constitucionalismo - o complexo processo de conservação constitucional, adaptação e reprodução de ordens jurídicas e políticas - entra em cena. As tarefas do constitucionalismo implicam violência universalmente: ordens constitucionais reprimem algumas formas de violência enquanto criam ou perpetuam outras, a expressão e a aplicação das quais são reguladas pelas ordens constitucionais.

De todas as formas de violência constitucional, nenhuma é mais comumente empregada que a pena por infrações penais. Talvez nenhuma outra tenha sido mais necessária historicamente. Desde tempos imemoráveis, as sociedades têm recorrido à imposição de pena para promover os valores mais estimados e para proteger essas sociedades dos perigos que elas mais temem. E as sociedades modernas dependem de penas constitucionais tanto quanto as pré-modernas dependiam da repressão religiosa, da punição imperial e das sanções sociais mais amorfas.

A necessidade e a vontade de punir presentes nas ordens constitucionais são tão profundas que indivíduos enfrentando a lei penal invariavelmente encontram os seus direitos constitucionais - incluindo em alguns casos, *de facto* ou mesmo *de jure*, o direito à vida - em risco no processo. Quando consideramos todos os fatores - legítimos e espúrios - que levam à condenação, o direito penal emerge como a arena onde, por um lado, os infortúnios sociais, fatores biológicos e aspectos censuráveis do caráter e da vontade dos réus enfrentam, do outro lado, o poder incomparável das ordens jurídicas e políticas. A história de tal enfrentamento no Brasil tem sido marcada por um aprofundamento das injustiças e indignidades que afligem os brasileiros.

² Veja-se meu artigo *A ideia de Igualdade e as Ações Afirmativas*, 63 *Lua Nova* 103 (2004) para exemplo de injustiças e indignidades com raízes sistêmico-estruturais que remontam à escravidão.

Mas apesar das muitas imperfeições inerentes ao processo punitivo em democracias como a brasileira - e aqui reside a cruz do problema que os cinco princípios que proponho procuram resolver - se ordens constitucionais devem ser legítimas, pelo menos alguns tipos de pena também devem ser legítimos.

Essencial aqui, e por demais esquecido, é que a punição penal não é somente algo que as ordens constitucionais infligem aos condenados; a pena é algo que as ordens constitucionais infligem a elas mesmas, pois em como as ordens constitucionais punem reside importante fator formador do caráter dessas ordens. Ao encontrar espaço em seu palco constitucional para a punição penal legítima, o Brasil há de almejar punir de modo a que o modo como pune contribua para o devir nacional rumo a ideais de democracia, não-violência e justiça.

Historicamente, nenhum tipo de ordem constitucional elevou tanto o nível de exigência da pena legítima quanto a ordem democrática comprometida com a dignidade e os direitos humanos, na qual os cidadãos estão comprometidos com sua auto-governança. Ainda assim, ordens constitucionais desse tipo punem - e punem mal e abundantemente. Para tal basta ver-se as estatísticas e análises qualitativas do encarceramento no Brasil. Apesar desse fato, tais ordens, e a brasileira entre elas, assumem responsabilidade pela pena somente parcial e relutantemente. Elas somente vêem a pena de soslaio, meio que olhando para o outro lado de tanto constrangimento, mais preocupados com os seus limites constitucionais extrínsecos - tal como o da vedação da crueldade - do que com as condições sob as quais as ordens constitucionais que almejam a decência poderiam abraçar a punição penal como uma das instituições centrais do seu constitucionalismo.

Esta abordagem tradicional, constrangida, da posição da punição nas ordens constitucionais - que foca em critérios de inconstitucionalidade ao invés de centrar-se nos fundamentos para a pena constitucional - é atraente por duas razões principais. Primeiro, o foco nos limites extrínsecos da pena casa bem com a aversão cultural das democracias em relação a práticas punitivas. Embora tal aversão seja consideravelmente menor no Brasil do que em algumas outras democracias pujantes, aqui também ela existe. A pena é inerentemente violenta, e a sensibilidade democrática rejeita a violência, pelo menos a violência que lhe afeta diretamente. Segundo, esta abordagem reativa à pena perfaz um caminho de argumento doutrinário livre de questões mais profundas sobre o direito, a política, a ética e o caráter da república assim propondo, pois, somente desafios limitados a questões mais amplas de justiça e decência sociais.

Neste segundo ponto, o direito constitucional brasileiro tem sido paradigmático. A Constituição dá ao Congresso considerável flexibilidade para decidir o que e como punir, e aos executivos estaduais e federal dá correspondente espaço para gerenciar a aplicação das penas importas pelo judiciário. Contudo (a abordagem reativa rapidamente acrescenta) os poderes para criminalizar e punir são limitados pelos direitos individuais. Os limites precisos que a Constituição define para a punição tornam-se, então, a questão central à qual se responde fazendo-se referência a violações de dispositivos do artigo 5º da Constituição.

Esse tipo de abordagem reativa, centrada em controle da constitucionalidade, certamente tem lugar na teoria constitucional da pena. Mas é insuficiente de modo decisivo.

Na verdade, a perspectiva reativa sobre a pena está por trás de muitas das injustiças e disfunções que assolam a punição no Brasil e mundo afora. Essas injustiças e disfunções jamais serão tratadas satisfatoriamente até que as constituições democráticas como a brasileira assumam o desafio da articulação, proativamente, dos princípios que dariam à pena posição legítima no centro do seu palco constitucional. Abaixo proponho cinco princípios que julgo à desse desafio de construção constitucional.

Porém, em vez de descartar completamente a abordagem reativa, os cinco princípios que proponho reconciliam a tradicional preocupação reativa acerca dos limites da pena com a nova busca proativa por fundamentos, integrando, no processo, as teorias morais e políticas da pena constitucional. As diferenças trazidas por essa nova abordagem podem parecer muito sutis para suscitar interesse. Entretanto, indo além das diferenças superficiais, a abordagem integrativa que proponho tem significativas consequências doutrinárias, normativas e práticas, como o leitor não deixará de apreender. Por fim, essa integração oferece a melhor esperança para resgatar a pena constitucional do fundo do abismo ao qual foi levada pela abordagem reativa.

B. A proposta

A reconstrução da pena como instituto constitucional do qual sociedades decentes possam orgulhar-se passa pela redefinição dos conceitos de *pena*, *crueledade* e *direito constitucional subjetivo* sob à luz de princípios (tais como os que ofereço) fundantes da pena constitucional legítima. Não cabe aqui, por limitação de tempo e espaço, tal digressão. Para tal direciono os leitores interessados aos meus trabalhos sobre o tema, acessíveis aqui: <http://ssrn.com/author=400119>

Minha atenção aqui retém-se ao conjunto de *princípios integrativos* que será necessário, embora quase certamente insuficiente, para que a pena obtenha o seu lugar no centro do palco constitucional brasileiro ao lado de outros pilares da constituição como eleições diretas, limites de mandato dos eleitos, separação e limitação de poderes, direitos individuais acionáveis judicialmente, etc.

Os princípios integrativos são os seguintes:

- Primeiro:** a ordem constitucional brasileira deve finalmente assumir responsabilidade pela pena como um tipo de vulnerabilidade coagida criada e imposta por ela.
- Segundo:** a coerção estatal na forma de pena deve ser livre de crueldade, tanto na concepção quanto na execução.
- Terceiro:** a pena deve assegurar e servir de instrumento, em vez de simplesmente abster-se de violar, o respeito por cada pessoa

na qualidade de personificação livre e igualitária da dignidade humana.³

Quarto: a afirmação da dignidade humana por meio da pena requer que a pena obrigatoriamente satisfaça tanto objetivos penológicos moralmente justificados quanto trate seriamente a agência moral daqueles que estão sujeitos a ela.

Quinto: a pena que falhar em satisfazer os princípios acima deve ser integralmente reformulada, gera dever de indenizar e requer medidas preventivas aptas a impedir violações até que reformulação integral seja concluída com sucesso.

Se a ordem constitucional brasileira for reformada apenas o suficiente para refletir esses princípios integradores dos fundamentos morais e político-constitucionais da pena como instituição com sede constitucional, a punição constitucional terá encontrado o seu lugar adequado no constitucionalismo brasileiro.

Cabe aqui talvez uma explicação do porque considero central o papel das advogadas e dos advogados brasileiros na transformação da ordem constitucional brasileira em direção à punição constitucional legítima. Advogadas e advogados possuem, por vocação e responsabilidade, a tarefa de traduzir os clamores de indignidade e injustiça da parte de indivíduos e grupos em demandas forjadas em termos de direitos individuais ou coletivos e em termos dos requisitos para uma sociedade decente e justa. Advogadas e advogados apresentam tais demandas às portas dos três poderes, porém mormente às portas do judiciário.

E daí advém também o papel central do judiciário na luta pela construção de um sistema punitivo à altura das aspirações de um Brasil democrático e comprometido com os direitos e a dignidade humanos. A verdade é que ao redor do mundo, o judiciário é o agente político mais promissor de reformas fundamentadas em muitas áreas de progresso social. Observadores desse fenômeno frequentemente argumentam que o pedigree democrático do judiciário é inferior ao dos poderes do Estado encabeçados por representantes eleitos. Deixo aqui de lado a indagação relativa a ser ou não este o caso. O foco desta minha intervenção reside na característica compartilhada tanto pelo direito oriundo do judiciário quanto do executivo e do legislativo: todos manifestam uma escolha.

Na sua obra exemplar sobre a elaboração de políticas públicas pelo judiciário, Malcom Feeley e Edward Rubin distinguem a interpretação judicial das leis da elaboração de políticas públicas pelo próprio judiciário. Ao passo que em sua função interpretativa das leis o judiciário atem-se às fontes formais do direito para delas hermeneuticamente derivar a substância de suas decisões, em sua função de formulador de políticas públicas o judiciário apela às fontes formais do direito como fundamento de sua autoridade para

³ Para o conceito de dignidade humana veja-se Luís Roberto Barroso, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 Boston College International & Comparative Law Review. 331 (2012) e Michael Rosen, *Dignity: Its History and Meaning* (Cambridge: Harvard University Press, 2012).

elaborar ou refinar políticas públicas em uma esfera temática específica. Por exemplo, e conforme esta distinção, nos seus constantes esforços para reformar as prisões norte-americanas desde a metade dos anos 60, os tribunais federais americanos usaram a Emenda Oitava da Constituição Americana (Emenda que proíbe punição cruel) "não como uma fonte de regras e parâmetros, mas como a base para sua competência judicial" para elaborar regras e parâmetros. Uma vez que os tribunais federais americanos estabeleceram a sua jurisdição da emenda oitava sobre as esferas de punição federal, estadual e municipal, eles criaram políticas intervencionistas no sistema prisional, tarefa ainda em andamento, apesar de importantes progressos.

Os poderes executivos e legislativos a níveis federal e estadual mostram-se paralisados quanto à resolução da tragédia humanitária e de direitos humanos da pena no Brasil. Em tais situações, sobretudo quando as vítimas não gozam de voz e prestígio sociais, tem cabido aos judiciários do mundo resgatar as democracias a que pertencem de práticas incompatíveis com as promessas que cidadãos em auto-governança democrática fazem uns aos outros de construir, pela via do constitucionalismo, uma experiência civilizatória que honre a liberdade, a igualdade, a dignidade humana e a justiça. A igual papel o poder judiciário brasileiro é recrutado pelas vítimas de suas masmorras, cuja voz silenciada é substituída pela voz destemida das advogadas e dos advogados do Brasil.

C. Reflexões finais

No seu estudo sobre a constituição britânica, A.V Dicey observou que "a proclamação em uma constituição ou carta de direito às liberdades individuais, ou mesmo de qualquer outro direito, não traz outra contribuição senão ligeira segurança de que o direito não existe apenas nominalmente", e para que se tenha certeza da verdadeira existência de um direito, os observadores "devem considerar tanto qual é o significado do direito como, uma questão de ainda maior importância, quais são os métodos legais por meio dos quais o seu exercício é assegurado." Foi com tal espírito que a doutrina reativa da pena constitucional emergiu e se desenvolveu. Apresentei as limitações dessa abordagem. A fim de reconstruir a pena, este artigo buscou combinar teorias respeitáveis e particular atenção à base doutrinária utilizando exemplos da jurisprudência constitucional americana.

Reconheço que a doutrina reativa da pena está comprometida com a rejeição da crueldade e com a afirmação da dignidade humana, embora de maneira parcial e intrincada. A história da constitucionalização da coerção punitiva demonstra, por exemplo, a marca institucional da rejeição da crueldade. Essa rejeição é a causa da mudança das concepções absolutistas e totalitárias do poder de polícia estatal para um comprometimento constitucional para reduzir a vontade dos Estados de punir.

É, entretanto, incompreensível e perturbador, que, no início do século XXI, mesmo ordens constitucionais democráticas e comprometidas com os direitos e a dignidade humana como a brasileira ainda estejam para assumir plena responsabilidade pela pena como uma prática constitucional legítima e rotineira. Parte da explicação para essa falha deve ser que os condenados constituem uma das minorias mais discretas e isoladas de

qualquer país. A maioria esmagadora dos condenados já se encontra (por um fator social ou biológico, por escolha ou, mais frequentemente, pela combinação desses fatores) na confluência de circunstâncias marginalizadoras (de raça e destituição até status de migração sem documentação, deficiência, guetificação, e baixa escolaridade) bem antes de eles serem condenados por um crime.

Como se isso não fosse suficiente, a cassação de direitos políticos, e invisibilidade social (ou estigmatização como o preço da visibilidade social) dos condenados tornou-os historicamente suscetíveis à exploração política. Frequentemente, a política eleitoral descreve os eleitores como vítimas potenciais de crimes a exigir agendas punitivas ainda mais radicais. É um fator ainda mais complicador que no Brasil a introdução da ideia de direitos humanos tenha sido vítima de propaganda da ditadura que distorceu a ideia dos direitos humanos como “direitos dos bandidos.” Pagamos ainda hoje o preço por tal tropeço civilizatório. Ninguém duvida que o subgrupo social dos condenados criminalmente inclui os perversos, os cruéis e os violentos, mas também engloba os inocentes e pobres, os doentes mentais e os deficientes, os abusados e os negligenciados, os estigmatizados e os perseguidos. Frente a esses desafios sociais e culturais, as doutrinas constitucionais reativas evoluíram até a sua atual forma atrofiada que prevalece no Brasil e mundo afora.

Mas o processo histórico que, nos Estados democráticos, trouxe investigação, processo, julgamento, sentença, e pena nos limites constitucionais era apenas parcialmente relacionado a controlar o poder do Estado. Era também relacionado à expressão de consideração pela humanidade dos investigados, acusados, julgados, sentenciados e punidos. Está em risco nesse processo, em última análise, exatamente o tipo de ordem legal e política que o constitucionalismo constitui e mantém.

Medido conforme essas aspirações, o estado atual da doutrina da pena inconstitucional é um desafio para a nossa paciência e fé na humanidade. O direito, entretanto, não pode ser condescendente com o desespero, a negligência, ou o esquecimento. Se quisermos atender aos anseios por um sistema penal justo e decente, um que as constituições democráticas como a brasileira poderão assumir como um dos elementos centrais da sua arquitetura constitucional, devemos assumir a tarefa civilizatória de constituir a punição sobre os princípios mesmo do constitucionalismo da liberdade, da igualdade, da dignidade humana e da justiça. O fracasso em fazê-lo prejudica não somente aqueles diretamente vitimizados pela punição brutal, mas toda a sociedade. A teoria penal constitucional reativa tem procurado tratar dessas preocupações, e o resultado tem sido promissor. O melhor caminho para avançar, contudo, é desenvolver, a partir dos elementos doutrinários já presentes na jurisprudência atual, um novo paradigma para a pena constitucional.

As constituições, tenho lembrado a audiência, não excluem todas as manifestações de violência pública e privada. De todos os tipos de violência constitucional, nenhuma é mais comumente empregada que a pena por infrações penais. Em alguma hipótese é tal coerção estatal legítima, indago? Sim, sobre uma base quintupla de princípios que integra as teorias políticas e morais da punição constitucional.

Os cinco princípios basilares da pena constitucional que aqui propus alteram a curvatura normativa dos espaços políticos e morais da pena. Eles estipulam que as ordens constitucionais devem assumir responsabilidade pela pena como vulnerabilidade coagida, que a pena deve ser concebida e praticada livre de crueldade, que a dignidade deve ser declarada proativamente sempre, ao invés de simplesmente não ser violada pela pena, que a pena deve satisfazer não somente os objetivos penológicos moralmente justificados, mas também tratar seriamente a agência moral daqueles sujeitos a ela, e que a pena que falhar em operar dessa forma deve ser completamente reformulada, indenizada e obstruída em sua continuação até que reformada.

No Direito, erros doutrinários e fracassos morais fortalecem um ao outro. Eu busco, nessa breve intervenção, quebrar essa conexão ao apresentar os limites da teoria penal reativa e ao articular princípios capazes de sustentar a legitimidade da pena como uma prática que os Estados podem adotar de consciência tranquila e de olhos bem abertos. A pena veio para ficar. Seria melhor assumirmos a responsabilidade por ela apoiados em bases políticas e morais seguras. Ao fazê-lo, estaríamos todos mais seguros. Ainda mais importante para a experiência democrática de auto-governança, agir assim significa que não precisaríamos pedir à nossa consciência moral para fingir que não vê quando o Estado brasileiro pune.

Por isso proponho que as advogadas e os advogados do Brasil utilizem seu labor e sua autoridade profissional para liderar o Brasil em direção a um futuro em que penas por crimes venham a refletir os cinco princípios acima, e dessa forma fazer com que o direito penal e suas penas venha a ocupar seu devido lugar no palco constitucional de uma sociedade decente.