

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CLÉCIDA SIMONE DO RÊGO

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA FRENTE AO FILHO LACTENTE DE APENADA

SOUSA
2013

CLÉCIDA SIMONE DO RÊGO

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA FRENTE AO FILHO LACTENTE DE APENADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Doutoranda Kaline Lima de Oliveira Moreira

CLÉCIDA SIMONE DO RÊGO

ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA FRENTE AO FILHO LACTENTE DE APENADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Doutoranda Kaline Lima de Oliveira Moreira

Banca examinadora

Data da Aprovação: 10 de abril de 2013.

Orientadora Profa. Doutoranda Kaline Lima de Oliveira Moreira

Examinador Interno – Prof. Ms. Eduardo Pordeus Silva

Examinador Externo – Profa. Roberta Queiroga de Oliveira Marques

A todas as crianças vítimas de atos degradantes.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e consumidor de todas as coisas, pela benevolência de ter concedendo-me condições físicas, psicológicas e financeiras para conseguir o título de bacharela em Direito;

A meu pai por ter papel fundamental na formação do meu caráter;

À minha mãe (*in memoriam*), por ter me ensinado a agir com retidão e honestidade;

Ao meu filho e ao meu esposo, por terem me ajudado na trajetória de conciliar os estudos com o trabalho, suportando comigo as inúmeras vezes que necessitamos despertar precocemente, para viajarmos de Sousa/PB a Pau dos Ferros/RN, local último onde exerço meu trabalho;

À minha orientadora, professora Kaline, por ter aceitado o pedido, cooperado na definição do título, e não ter se arvorado impondo temática, respeitando as minhas ideias;

Dentre os doutos professores que tiveram conhecimento prévio dessa abordagem, destaco especialmente Epifânio, Edjane e Daluz, por terem sido solícitos às contínuas discussões em exame, bem como por terem me indicado e disponibilizado fontes bibliográficas para o estudo;

Aos insignes professores: Paulo Henriques, Manoel Pereira, Carla Pedrosa, Jônica, Erivaldo, Jacyara, Ângela, Zélia Ribeiro, Gracinha, Olindina, Admilson, Eduardo Jorge, Guerrison, Idemário, Francivaldo, Cleanto, Marcos Pereira, Marília Leal, Monízzia, Danielle, Jardel, Remédios Barbosa, Alexandre, Giorgia Petruce, Georgia Graziela, Vanina, Mário, Cecília e João Estrela, os quais nunca se esquivaram em me dar orientação, quando consultados fora da sala de aula, sobre assuntos jurídicos;

Aos meus colegas de curso: Wanessa, Lívia, Rose, Valéria, Jardel e Robson, pela ajuda que me deram, frente a algumas dificuldades nos estudos jurídicos;

Aos servidores do *Campus* de Sousa: Lirifram, Marly, Beatriz, Virgonete (Vive), Rocilda, Glória, Fernando e Silvio, por terem sido solícitos aos meus inúmeros requerimentos.

Para mim, o mais pobre de todos os pobres é o encarcerado. Digo o encarcerado, note-se, não o delinquente". Carnelutti.

RESUMO

Por meio deste trabalho promoveu-se reflexões críticas acerca do direito à liberdade dos filhos lactentes de apenadas que convivem com a mãe na penitenciária. Em face do direito fundamental da intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal, evidenciou-se que a criança cumpre prisão por tabela, porque a Constituição Federal de 1988 dispõe que são asseguradas às presidiárias condições para permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação, e não que as crianças sejam conduzidas com a mãe para ambiente de confinamento. Pretendeu-se desenvolver o trabalho monográfico verificando que a permanência da criança lactente com a mãe, na penitenciária, não se harmoniza com o direito fundamental à liberdade. Para isso utilizou-se de pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo para atingir os objetivos. Como inexistia no direito posto norma dispondo que a criança seja assistida pela mãe extra penitenciária, elucida-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico de integração a servir de fio condutor, na fundamentação de sentença judicial que conceda à apenada o direito de cuidar da criança em outro ambiente, no seio social, em convívio familiar. Nessa senda, uma alternativa que se coaduna com a ordem constitucional, visando preservar o direito à liberdade da criança, para que se desenvolva longe dos efeitos deletérios do cárcere, avulta-se a possibilidade do juiz, mediante requerimento, conceder que a mãe responda pelas reprimendas em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. É um *hard case*. Uma ideia em construção, em virtude da míngua de projetos sobre esse assunto. Reconhece-se que a proposta pode ser alvo de críticas, porém, considera-se relevante porque aventa uma realidade que precisa ser melhor analisada. O assunto não foi exaurido, erguendo-se apenas as bases fundamentais do estudo para que se partindo de tal premissa possam examinar a inconstitucionalidade apontada.

Palavras-chave: Liberdade. Intransmissibilidade da pena. Criança lactente. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

In this study, we discussed about the right of freedom of the convict women who have been breastfeeding their children, which live with them in prisons. Based on the fundamental right of the impossibility of the penalty be transferable, it is quite clear that the children have to suffer the detention as their mothers as a side effect of the whole situation. This happens because the Federal Constitution, written in 1988, assures that the women have the right of being with their children during the breastfeeding period, but it does not say that the children must be brought to their mothers into jail. We intended to make a research trying to show that the fact of keeping breastfeeding children inside jails is against the fundamental right of freedom. To make it possible to happen we made a qualitative research based on literature search. There is no rule in the presented legislation allowing a mother to be freed of the prison perimeter to attend the needs of her children, so we put in highlights that the principle of the dignity of the individual is an integration law principle that works as basis on the reasoning in judicial decisions that allows the convict women the right of assist their children in a different environment, inserted in society, among family. Considering the situation, there is an alternative that fits with the Constitution and still assures the right of the children to grow old far from the detrimental effect of the jail. We stressed the possibility of the judge, when prompted, conceive the mother the right to answer to her crimes in house arrest monitored by electronic means. All this is still an almost unexplored idea, due to the few numbers of projects about this theme. We know that this proposition can be heavily criticized, but we consider it highly important since it has in consideration a reality that needs to be further analyzed aiming to correct this state act obviously unconstitutional.

Keywords: Freedom. Impossibility of penalty transference. Breastfeeding child. Dignity of the individual.

LISTA DE ABREVIATURAS

Apud – Citado por

Art. - Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Ms - Mestre

P – Página

V.g.–*verbi gratia*(por exemplo)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CARACTERIZAÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.....	18
2.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.....	20
2.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	21
2.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.....	23
2.2.5 Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão.....	24
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NORMA.....	27
3 REFERENCIAIS TEÓRICOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM STATUS DE PRINCÍPIOS	34
3.1 ESTRUTURA TEÓRICA DOS PRINCÍPIOS.....	34
3.2 O NÍVEL DOS PRINCÍPIOS COMO NORMA JURÍDICA.....	37
3.3 A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	41
4 O DIREITO À LIBERDADE DO FILHO LACTENTE DE APENADA	43
4.1 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO À LIBERDADE.....	43
4.2 O DIREITO À LIBERDADE DO FILHO LACTENTE DE APENADA.....	45
4.2.1 Crianças Atrás das Grades.....	46
4.3 INTRANSMISSIBILIDADE DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....	48
4.4 O SENTIDO E O ALCANCE DO ARTIGO 5º, L, DA CRFB.....	50
5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DE INTEGRAÇÃO	55
5.1 O CONTEÚDO JURÍDICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	55
5.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DE INTEGRAÇÃO.....	58
5.3 O DEVER DO ESTADO NA APLICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL.....	62
5.4 PRISÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	63
6 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS	72

1 INTRODUÇÃO

Um número expressivo de pesquisadores vem estudando sobre o sistema penitenciário brasileiro, mais especificamente sobre as condições materiais das apenadas e dos filhos que convivem com estas na prisão. Poucos, todavia, têm indagado sobre a liberdade tolhida do filho lactente de apenada, considerando a prisão deste por tabela.

Pretende-se com a presente pesquisa monográfica uma análise não exauriente sobre a considerada transmissão dos efeitos da condenação penal às crianças lactentes de apenadas, ferindo fortemente direitos fundamentais individuais e princípios constitucionais.

Sabe-se que o direito à liberdade é uma das formas mais expressivas dos direitos fundamentais da pessoa humana assegurado constitucionalmente. No mais, o Estatuto da Criança e Adolescente menciona em vários dos seus dispositivos tal direito, como, v.g., nos arts. 3º, 4º, 5º, 15, 106 e 230, sendo que é no art. 15 do mencionado diploma que contém a norma atributiva do direito à liberdade à criança e ao adolescente, de acordo com os arts. 5º e 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Imprescindível, portanto, em consonância com o direito fundamental em epígrafe, a análise dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da personalidade da pena frente à problemática sugerida.

A dignidade da pessoa humana insurge-se contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantindo ao ser humano condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tem-se, ainda, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, atrelando-se tal assertiva ao “princípio da personalização da pena”, também conhecido como “princípio da responsabilidade pessoal” ou “princípio da pessoalidade”.

Firma-se, através de um posicionamento pacífico em todas as nações civilizadas do mundo contemporâneo, que a pena poderá atingir tão somente a pessoa do réu.

Assim, de forma bastante explícita e ao contrário do direito pré-beccariano, vê-se que a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.

Contudo, em que pese todos os esforços de um Direito Penal moderno fundado em perspectivas garantistas, do qual faz parte o princípio da personalidade da pena, o que se vê atualmente é o estigma tanto da persecução penal, quanto das sanções penais serem

transferido invariavelmente a terceiros alheios ao fato, principalmente no que tange aos familiares do condenado.

O trabalho foi dividido em quatro tópicos. Inicialmente tratou-se sobre o contexto histórico dos direitos fundamentais, apontando as suas múltiplas dimensões e enfocando o poder normativo de tais direitos.

No segundo tópico foi destacada a compreensão teórica de princípio jurídico, elucidando a sua estrutura e realçando algumas correntes teóricas, além de ressaltar o poder normativo e a relevância dos princípios nas decisões judiciais.

Na sequência da abordagem enquadrou-se questão relativamente nova, tema sugerido à pesquisa, enfocando toda a problemática e as principais consequências advindas da discussão.

Fez-se uma interpretação literal do inciso L, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a fim de analisar o verdadeiro sentido e alcance da norma, ou ao menos uma interpretação que mais se aproxime com a intenção do constituinte originário.

Na última parte deste estudo analisa-se a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico de integração como base fundamental para se permitir que apenas lactantes possam amamentar os seus filhos em prisão domiciliar.

Pretende-se desenvolver o trabalho monográfico tendo-se por base os seguintes métodos: 1) métodos de abordagem: dedutivo (partindo-se do geral para o particular); 2) método de procedimento: histórico, monográfico, comparativo, hermenêutico e bibliográfico; 3) técnica de pesquisa: fontes diretas e indiretas.

O método dedutivo, de base racionalista, pressupõe que apenas a razão pode conduzir ao conhecimento verdadeiro. Assim, partindo de princípios reconhecidos como verdadeiros e inquestionáveis (premissa maior), pretende-se estabelecer relações com uma posição particular (premissa menor) para, a partir do raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que se propõe (conclusão). Como se verifica, esse método fundamenta-se no silogismo, ou seja, parte-se de uma premissa maior, passando por outra menor, para se chegar a uma conclusão particular.

Já os métodos de procedimentos constituem etapas mais concretas da pesquisa, explicando objetos menos abstratos. Pretende-se, com tais métodos, um trabalho ordenado e completo sobre o tema específico, com interpretações bastante fundamentadas, levando-se em conta a bibliografia textual.

Enfim, quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizadas as fontes diretas (legislação equiparada) e indiretas (doutrinas e artigos científicos publicados em sítios), que afloram o judiciário brasileiro.

2 CARACTERIZAÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, no sentido dos que se desenvolvem e são positivados pela Constituição Federal, representam a ascensão do Estado Democrático de Direito. Pela plasticidade que desempenham na ordem jurídica, ora asseguram proteção contra o arbítrio estatal, ora legitimam requerer ações positivas do Estado.

Também denominados de direitos humanos, são caracterizados como sendo imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, interdependentes, universais, não se olvidando que se complementam e devem ser efetivados pelo Estado.

A lista dos direitos fundamentais não é taxativa, pois são abertos, encontrando-se difundidos por todo o texto da Constituição Federal.

2.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme atualmente inseridos e reconhecidos na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais foram resultados de uma evolução histórica ocorrida por meio das lutas, batalhas, revoluções e rupturas sociais que fitavam a exaltação da dignidade da pessoa humana.

Embora não haja uma data exata de quando realmente surgiram os direitos fundamentais, pôde-se reconhecer e fundamentar a existência de tais direitos desde a Idade Antiga, traspassando pela Idade Média e Moderna, sob a influência das revoluções inglesa, francesa e americana, sendo, portanto, aceitos dentro da positivação do sistema jurídico como meio de defesa frente ao poder político, independente da vontade de uma autoridade soberana.

Advoga-se que na antiguidade, com base no pensamento da religião e da filosofia, afloraram-se as premissas para o reconhecimento da inegável ideia atual de que o ser humano é titular de direitos naturais e inalienáveis, pelo valor de pessoa considerada individualmente.

Como forma de limitação de poder político, Comparato (2003, p. 40), informa que uma das primeiras manifestações se deu com o reinado de Davi, o qual atuava como um agente ungido por Deus em Israel, por volta do século X a.C, ao qual incumbia aplicar a lei divina, não a bel prazer, como faziam os monarcas que o antecederam, dizendo o que seria

justo ou injusto, segundo critérios próprios, porém, como autoridade representante de Deus na Terra devia atuar nos limites da lei celestial.

Para situar outras particularidades do contexto histórico, Miranda (2000, p. 16), destaca a influência romana na construção de direitos inerentes ao ser humano com a ideia do *ius gentium*. Ainda que em menor proporção, os estrangeiros gozavam de alguns direitos, apesar de não se ombrearem ao cidadão romano.

A história nos legou, ainda, a relevância das concepções do cristianismo para o reconhecimento de direitos ínsitos ao ser humano, apenas pela sua existência. Concordando com esse argumento, de que a doutrina do cristianismo enxerga o ser humano com atuação ordenável e linear, dotado de valor conferido por Deus, Miranda (2000, p. 17), faz os apontamentos:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Com a descentralização política vigente na Idade Média, onde a sociedade passa a ser dividida em classes, sob a influência do cristianismo e do feudalismo, alguns documentos a exemplo dos forais e das cartas de franquias, surgem para conferir direitos a determinados estamentos. Por meio de opiniões mais conscientes, com ideias vitoriosas e quase incontestáveis, esses documentos davam um novo alcance aos direitos naturais.

A doutrina alude que dentre os documentos supramencionados, no processo de positivação dos direitos naturais o destaque se originou na Inglaterra, no século XIII, com a Magna Carta de João Sem-Terra, em 1215, onde se firmou um pacto que, apesar de servir para resguardar direitos de nobres ingleses, mantendo-se, ainda, alguns privilégios da antiga plutocracia, aos senhores feudais, alijando, insensivelmente, o povo do acesso aos direitos firmados no pacto, não se olvida que serviu de lastro legítimo para uma nova mentalidade que visava à garantia de direitos e liberdades, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Aqui cabe citar Sarlet (2001, p. 44), que mesmo considerando a *Magna Carta* um pacto de privilégios e concessões aos nobres, concebe que esse documento passa a ser uma lente, por meio da qual se veem as futuras bases promissoras das Constituições, pela imperatividade, aptas a tutelar os direitos dos cidadãos. Assim preceitua os reflexos positivos daquele documento, ainda que de forma indireta:

Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da *Magna Charta*, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições [...].

Seguindo essa concepção, Sarlet (2001, p. 41), assenta relevo importante no pensamento de Santo Tomás de Aquino, que asseverou a relevância do direito natural, de modo a justificar a resistência da população frente ao direito positivo, caso os governantes violassem os direitos naturais. Essa questão remeteu à dimensão peculiar do sistema de limitação do poder por séculos à frente. Com base na ideia de submissão aos soberanos, na medida em que se respeitassem os direitos naturais, esses ideais encontraram força, dentre outros, na obra de Hobbes que “atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano”.

Com o advento da modernidade, o indivíduo começa a ter preferência sobre o grupo. A explicação para os fenômenos têm cunho científico, através da razão. Nessa conjuntura outros documentos são criados na Inglaterra, de fundamental importância, a exemplo da *Petition of Rights*, de 1.628, que serviram de inspiração para outras declarações à positivação de direitos, mas, ainda assim, não são considerados o marco dos direitos fundamentais como na acepção atual, de direitos escritos e reconhecidos numa Constituição, constituídos pela supremacia constitucional, não podendo ser revogado por mero deleite. O escólio doutrinário clareia essa posição:

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento os direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalta-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal). (SARLET, 2001, p. 46).

Pela essência do ideário do pensador Lord Edward Coke, acerca da *Petition of Rights*, observa-se ainda que o processo de positivação dos direitos naturais tiveram valor significativo. Segundo Sarlet (2001, p. 42), merece fazer referência à contribuição especial do pensador:

[...] de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Rights* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o

reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade [...].

Muito embora apresente uma carga de valor próprio como expressão da natureza racional do homem, sustentada pelo direito natural, a história registrou fatos em que direitos naturais como a vida passaram o sofrer ingerências pela maléfica cultura, dentre outras, da imposição do mais forte sobre o mais fraco. Forçoso que se exigisse um sistema ético e oficial com normas postas pelo Estado, para que os direitos inatos vigorassem com efetividade e passassem a ser protegidos.

O acúmulo de anos perdidos, destacados pela famigerada ilimitação do poder, desencadeou a necessidade de documentos, impondo limites, assegurando que toda pessoa tem direitos fundamentais, devendo ser coibido qualquer arbítrio que aviltasse o ser humano.

Nessa história que não se sabia a certeza de um final promissor, é fato que os poderes dominantes foram sendo atenuados por vários fenômenos políticos e revolucionários, como forma de organizar a sociedade, para a constituição de uma postura de enfrentamento às violações de direitos.

Com a era das revoluções, a despeito do documento que marcou o berço dos direitos fundamentais positivados, Sarlet (2001, p. 46), faz referência à Declaração do Povo da Virgínia, de 1.776, como sendo o nascedouro do processo de “transição dos direitos de liberdades ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”. Porém, nesse aspecto, a preocupação dos revolucionários americanos é procurar manter a efetivação dos direitos históricos ingleses.

Diferentemente, mesmo mantendo reciprocidade com o constitucionalismo americano, agora com maior destaque, como máxima expressão de universalidade de direitos consagrados, inegável é a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, fruto da Revolução Francesa. Com intento a vincular o Parlamento francês à preocupação com o social, com o princípio da igualdade, radicando numa nova Constituição com sistema operante, no controle da lei. No campo da positivação constitucional a Declaração da França, legou ao mundo as bases do Estado de Direito, culminando com a afirmação dos direitos fundamentais constitucionais, como se encontram nos tempos hodiernos.

As considerações apontadas servem para citar apenas alguns fenômenos representativos que serviram de base para a efetivação positivação dos direitos fundamentais. Inegável a facticidade histórica, cercada de debates tormentosos, cujas ideias tinham como fito, regra geral, coibir alguma prática de poder exacerbadamente opressivo.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A carga histórica dos direitos fundamentais para se chegar à forma positivada como hoje é conhecida, marcada pelo império da Constituição, é fruto de uma lenta e contínua discussão e confrontos no âmbito social de diferentes épocas em prol de superar a melancólica história das atrocidades e violações de direitos, cessando o distanciamento do Estado com o seu povo, com o escopo, dentre outros, de por fim à ancestral visão de elite dominante, costumeiramente dada aos privilégios, sem qualquer interesse num Estado para todos indistintamente.

É assente na doutrina que os direitos fundamentais recebem uma terminologia, conforme a época em que foram reconhecidos, denominados pelos teóricos de “dimensões”, “gerações”, categorias, espécies, entre outros. Não havendo, portanto, um consenso quanto à nomenclatura mais escorreita.

Bonavides (2006, p. 563), justifica a utilização da expressão gerações aduzindo que:

Gerações para se referir à gradativa inserção constitucional das diversas nuances de direitos fundamentais exurgidas ao longo da história, no que é seguido por grande parte dos autores. Com efeito, diz o mestre cearense que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”

Diferentemente, Sarlet (2001, p. 49) concebe haver uma imprecisão na terminologia “gerações”, sustentando poder inferir-se que uma esgotava a outra, e aqueles direitos reconhecidos numa “geração” seriam superados pela posterior, um direito sucedendo o outro, preferindo, assim, a denominação “dimensões”. Assim são os apontamentos:

Com efeito, não há como negar que reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

Essa nomenclatura também recebe críticas por parecer sugerir uma ideia de dois aspectos ou funções dos direitos fundamentais. Tal posição é defendida para os quais optam pelas expressões “categorias” ou “espécies” seriam utilizadas “da mesma forma como se classifica leis e atos jurídicos em espécies de leis ou categorias de atos jurídicos e não em dimensões do ato jurídico ou da lei”. (DIMOULIS; MARTINS; 2007, p. 36).

Sem manter posicionamento acerca da nomenclatura a qual se filiam discorrem que “os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações (ou dimensões),

levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 93)

Em que pese o impasse entre os doutrinadores, não é tarefa de o presente trabalho dizer a quem assiste a razão sobre as acirradas expressões disputadas pela doutrina. Todavia, aqui, escolheu-se a mesma essência da denominação “dimensão” perfilhada por Sarlet.

Da abstração da leitura sobre “dimensão” dos direitos fundamentais infere-se ideia de dupla acepção, uma de caráter subjetivo, em que à pessoa são asseguradas posições de defesa frente ao Estado, e outra objetiva, porque impõe aos poderes públicos uma ordem de freios e limites nas ações direcionadas a comandar a vida social e a limitação de poder do Estado.

2.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Nessa senda, tal concepção harmonizava-se com o modelo almejado de eficácia irradiante do papel dos direitos fundamentais, para afastar o fantasma do poder absoluto do Estado, na mão do Monarca, para fomentar, entre outros, a ampla liberdade à vida, que se propicia a ascensão da sociedade.

Essa emergência deu ênfase, num primeiro momento, no final do século XVIII, ao que se chamam direitos fundamentais de primeira dimensão, ganhando destaque especial os direitos civis e políticos, a saber, à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, acrescidos de uma gama elevada de liberdades, como de expressão coletiva, a exemplo da liberdade de imprensa, manifestação popular, reunião, entre outros, de caráter tanto de expressão individual, quanto coletivamente, além de participação política como o direito de voto e capacidade civil eleitoral passiva, não se olvidando algumas garantias processuais como o devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição, além do direito à igualdade, na acepção igualdade perante a lei.

Dessa forma romperam-se as barreiras do Estado absoluto, posto não se permitir ingerência abusiva dos Poderes públicos na vida privada, devendo o Estado ponderar nos seus atos, limitando sua atuação, em respeito primordial à esfera individual, de modo que os poderes públicos não poderiam agir ao bel prazer, de forma despótica. Por apresentarem uma zona de limite frente à atuação do Estado, são denominados direitos “negativos”, no sentido de que a arbitrariedade devia ser coibida, sendo lídima a resistência por parte das pessoas, ante qualquer ato atentatório àqueles direitos. Agora, exige-se do Estado um não fazer, não

aviltamento, não ultrapassar a margem de atuação, uma mínima intervenção, e que os atos não sejam praticados descomedidamente.

Numa vertente vertical, sobre pessoa e Estado, Sarlet (2001, p. 50), reconhece essa negação aos atos do Estado aduzindo que:

[...] de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou oposição perante o Estado”.

Seguindo a mesma interpretação, Canotilho (2003, p. 1.396) esboça como os direitos de primeira dimensão são figurados, ou seja, como se exteriorizam, qual o escopo desse reconhecimento:

[...] uma liberdade pura, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim. Exsurgem, pois, como direitos que obstam a ação discricionária e arbitrária do governo em face das pessoas, verdadeiros direitos públicos subjetivos oponíveis apenas em face do Estado, inibindo o arbítrio do poder político, de quem se passou a exigir uma postura basicamente absenteísta, ou seja, impunha-se ao poder estatal o dever de interferir minimamente na realidade privada, em uma típica obrigação de não fazer, o que demonstra seu caráter negativo.

Impende destacar que os destinatários desses direitos não eram qualquer um do povo, a estes, tais direitos ainda eram alijados, mas apenas os integrantes da burguesia podiam exigir o cumprimento daqueles direitos. Esta classe social, visando pôr fim o poder de atuação soberano do Monarca, extinguindo o poder do clero e da nobreza, passa a atuar em busca de seus próprios interesses, se contrapondo ao antigo regime, de maneira a conquistar espaço significativo na sociedade vigente, se insurgindo, exigindo que os direitos antes concedidos apenas ao clero e à nobreza fossem estendidos aos burgueses. Quem não pertencesse à burguesia não poderia reclamar a carga significativa dos direitos ora elucidados. Assim corrobora Comparato (2003, p.50):

[...] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir antigos privilégios dos dois principais estamentos do ancien régime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.

Pelos valores consubstanciados às pessoas, ainda que de forma restrita, posto serem restringidos apenas à burguesia, o reconhecimento desses direitos veio amenizar significativamente a tendência de poder ilimitado pelo Estado, tornando uma realidade

concreta, de uma força de preceitos de caráter imperativo, para se firmar na relação indivíduo e Estado a exigência de respeito deste perante aquele.

2.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Os fatos sociais surgem de diversas naturezas. A cada um se atribui um valor. Na busca de proclamações de direitos, por exemplo, se não forem analisados na conformidade devida, com a sensibilidade a ele inerente, reconhecendo-os apenas uma parcela ínfima do corpo social, ao centro pomposo da sociedade, indubitavelmente, se evidenciará algumas imperfeições. Se assistirem a uns poucos, em detrimentos da maioria, desencadearão infortúnios, ensejando uma série de conflitos aptos a se rediscutir que direitos foram concedidos desigualmente, merecendo o uso de meios aptos a se estender a todos indistintamente, ainda que seja necessário conquista-los com o uso da força. Assim começou-se a contestar o reconhecimento de direitos apenas à burguesia.

Os interesses da burguesia divergiam completamente da realidade fática, ensejando novo cenário de tensão social, não mais entre aquela e os nobres, porém, entre os burgueses e os proletariados que se sentiram inferiores, não lhes sendo reconhecidos direitos imanentes à condição humana, proclamados à burguesia. Estes eram detentores dos meios de produção e os proletariados ofertavam a mão de obra horrenda, de forma insalubre e penosa, com baixíssima remuneração.

A luta e os debates são entravados a fim de se reconhecerem direitos à classe proletariada, representada pela massa popular, como forma de compensar o desequilíbrio econômico e social.

O objetivo não é mais requerer uma ação negativa do Estado, no entanto, uma prestação positiva, na formulação de políticas direcionadas à coletividade, para a efetiva consagração das liberdades individuais, propiciando-se o pleno gozo de justiça social, por meio de prestações sociais estatais, granjeando destaque o embrião de direitos destinados a limitar a relação entre as partes em nome do interesse coletivo.

Na busca de outorga às pessoas, da positivação de direitos sociais, inaugurou-se a fase do Bem-Estar Social, incumbido ao Estado o dever de levar sobre si a responsabilidade e obrigação de políticas públicas intervencionistas tendentes a melhorar a vida sócio econômica da coletividade. Sarmiento (2006, p. 25) explica esse novo campo de atuação do Estado:

Nesse momento, sobre os ombros do Estado recaiu a obrigação de realizar políticas públicas interventivas tendentes à melhoria das condições de vida da sociedade. Desponta o valor igualdade. Exigiu-se, pois, do governo, o cumprimento de prestações positivas, inibindo, agora, o arbítrio do poder *privado* (notadamente, o *econômico* e o *social*).

A disponibilização de assistência social, à saúde, educação, trabalho, saindo-se da abstração das liberdades antes concedidas, para a concretização material não despontaram todos de uma única vez. O processo se deu gradativamente. Sarlet (2001, p. 51) tece comentários acerca dos instrumentos aptos a conferir positividade e aplicabilidade desses direitos:

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Inobstante serem direitos afetos à realização da justiça social, mesmo com previsão constitucional, no aspecto pragmático não tinham a potencialidade jurídica a que se destinavam, se efetivando timidamente, sob alegação da carência dos recursos estatais. Foram assim encarados com reservas pelos entes estatais. Bonavides (2006, p. 564) menciona que: “[...] infelizmente, debaixo da conveniência de uma suspicaz alegação de poucos recursos financeiros, alguns entes governamentais, acintosa e irresponsavelmente, continuam postergando *ad eternum* a concreção desses tão relevantes direitos”.

De todo modo, ainda que não atinjam a máxima satisfação para ofertar o mínimo de uma existência digna, urge o implemento de mecanismos tendentes a coibir o comportamento acintoso e irresponsável do Estado, exigindo-se a plena efetivação dos direitos fundamentais.

2.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

Em que pese se firmarem no compasso de efetivação dos direitos fundamentais, essa dimensão, denominada por Sarlet (2001) de “direitos de fraternidade e solidariedade”, trazem à baila um corpo de preceitos que se desprendem, via de regra, da pessoa individualizada como único titular, e abarcam a proteção a uma gama de pessoas indistintamente. O foco relacional se dá conjuntamente entre a pessoa com o seu próximo.

Na voz de Canotilho (2006) são designados “direitos do povo”, inferindo que os destinatários são a coletividade. Corroborando Bonavides (2006, p. 569) explica:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Cuidando do resultado de novas reivindicações, geradas, entre outros fatores, pela globalização, de problemáticas com proporções globais, que afetam significativamente toda a humanidade, acrescentando-se a isso, à evidência de uma proteção internacional do ser humano, frente a atual situação de beligerância, para citar apenas alguns exemplos, que causam insegurança na paz mundial. Para Sarlet (2001, p. 53) são direitos que se incorporam com a díade, “solidariedade e fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual”, carecendo assim, de uma maior proteção em âmbito mundial, face à titularidade ser coletiva.

Nas precisas lições de Nunes (2007, p. 33), são direitos que abarcam:

[...] paz, desenvolvimento, comunicação, solidariedade e segurança mundiais, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade, constituindo-se, portanto, na qualidade de direitos de titularidade difusa ou coletiva, no mais das vezes indefinida e indeterminável.

Medeiros (2004, p. 74-75) a título de esclarecimento sobre o campo de abrangência dos direitos fundamentais em tela, contribui com a concepção de universalidade, sobre a expressividade de se estenderem ao ser humano indistintamente, assim considerando:

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.

Seguindo um viés humanitário esses direitos passam a imperar mundialmente, frente ao arbítrio bélico, desequilíbrio ambiental, despotismo estatal, estabelecimento da paz mundial, autodeterminação dos povos, dentre outros, com aspirações à proteção não mais do ser humano isoladamente, mas sim, com extensão ao grupo, à coletividade, que estão interligadas a determinado fato.

2.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão

Em meio à crescente necessidade de proteção do ser humano, mais especificamente no que se refere às atrocidades com manipulações genéticas, ocorridas nos campos de concentração nazista, durante a Segunda Guerra Mundial, passou-se a suplantar a concepção de um desenvolvimento do direito em relação à veia humanitária do progresso científica internacional, a fim de se proteger a dignidade da pessoa humana de experiências e procedimentos médicos e biológicos atentatórios à vida humana.

Reconhecendo-se que a essência do ser humano deve ser preservada, frente aos interesses econômicos, por meio das investigações científicas, mormente destinadas à saúde, convergiu-se a regularização das relações entre cientistas e cidadão, com o escopo de se formular políticas públicas afetas às novas descobertas de tratamentos de doenças, por exemplo, promovendo-se intervenções médicas mais eficazes, com maior acesso à saúde, porém, que não sejam feitos procedimentos desenfreados, que ponham em risco a preservação do ser humano, em nome do progresso científico, rediscutiu-se com veemência o futuro da humanidade.

Dessa forma, a doutrina tem difundido a tendência de existir uma quarta dimensão de direitos fundamentais, sem chegar ao consenso de se definir quais os direitos incorporariam nessa dimensão. Na concepção de Bobbio (1992, p. 6) “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética, que se inserem no plano fático da pesquisa biológica, com manipulação de material genético”.

Defendendo a ideia de existir uma quarta dimensão Bonavides (2006, p. 571-572) elucida e exemplifica com mais detalhes a abrangência desses direitos, os quais se inserem no contexto da democracia, da globalização política, ao pluralismo global, ao direito de informação, através dos quais é possível uma convivência harmônica do ser humano, conforme os apontamentos:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da

terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Com nítida afeição para as concepções de Bonavides, Sarlet (2001, p. 55) tece comentários favoráveis à proposta do mestre cearense, elucidando que é acertada e promissora a ideia de ser necessário ampliar a universalização institucional dos direitos fundamentais, entretanto, ainda que louvável merecedora de atenção, por aspirar ao melhor para a humanidade, está aquém de ser efetivada, que até mesmo o próprio Bonavides reconhece:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o povir da liberdade de todo os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.

Em posição contrária à ideia do Prof. Bonavides, sobre o descortinar de uma quarta dimensão, Steinmetz (2004, p. 94) afirma que tal teoria é passível de contestação, inferindo que deve ser revista, quiçá melhor desenvolvida porque apresentam características que se coadunam com os direitos de primeira dimensão. “Essa descrição é discutível. A rigor, esses direitos são direitos de primeira geração, porque reconduzíveis aos direitos políticos.”

O tema sobre qual construção teórica tem mais tenacidade, para quem melhor apontou a essência da quarta dimensão encontra acirrada discussão, ao que parece, carecendo de uma reflexão mais aguçada, devendo ficar a cargo dos futuros contundentes opositores, lançarem as bases críticas acerca das vertentes teóricas.

Em que pese a celeuma, tudo indica que, de fato, existe a aceitação de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, esposados pelos teóricos supramencionados.

2.2.5 Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão

Mantendo um discurso plástico acerca da paz mundial, frente aos abalos decorrentes das pesquisas com material radioativo e produção de arma nuclear, o Professor Bonavides lança-se a continuar teorizando a amplitude e as esferas de proteção dos direitos fundamentais, aventa uma quinta dimensão, pois entende que a dignidade da pessoa humana só se expressa plenamente com o advento da paz mundial, com reconhecimento universal do ser humano, que propicie uma melhor convivência entre os semelhantes, como forma de garantir a preservação da espécie humana e segurança jurídica dos direitos. Para ele a dignidade da pessoa humana só atinge o mais alto patamar se a paz mundial for completamente estabelecida.

O emérito professor ressalta que a paz é um direito natural dos povos, face ao imbuído plano harmonizador que vigora nas relações sociais, de as pessoas não regatearem as boas práticas de convivência social, como forma de estabelecer regras, a justiça, propiciando-se a diplomacia entre os governos, além de orientar a atuação social dos dirigentes, impõe-lhes limites nos atos das relações de poder.

Sobre esse aspecto, Bonavides apresenta uma importante leitura acerca da relevância de se inserir a paz como direito fundamental no texto da Constituição, apresentando, ainda, a possibilidade de haver uma incidência criminal em caso de desrespeito a esse direito, assim justificando:

Quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá, à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana. Execrado das presentes e das futuras gerações, o Estado que delinquir ou fizer a paz soçobrar como direito há por certo de responder ante o tribunal das nações; primeiro no juízo coevo, a seguir, no juízo do porvir, perante a história.

Devemos assinalar que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no artigo 4º, inciso VI, da nossa Constituição. Desde 1988, avulta entre os princípios que o legislador constituinte estatuiu para reger o país no âmbito de suas relações internacionais. E, como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as Constituições.

Vamos requerer, pois, o direito à paz como se requerem a igualdade, a moralidade administrativa, a ética na relação política, a democracia no exercício do poder. (BONAVIDES, 2003).

Elevando a paz ao *status* de direito fundamental, por ser hodiernamente conclamado universalmente, Bonavides (2003), arremata:

No mundo globalizado da unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a segunda nos escraviza. Uma é a liberdade, a outra, o cárcere; aquela é

Rui Barbosa em Haia, esta é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advoga a Constituição e a soberania, aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação.

Outros doutrinadores têm discorrido a respeito da paz como direito fundamental, com pequenas variações. Entretanto, a maioria, a exemplo de Sarlet (2001, p. 57), não recepciona como direito individual, considerando um dever do Estado, mas não desconsidera a relevância de se primar pela paz para a proteção do ser humano na sua individualidade. Com lúcida lição sustenta que:

Todavia, há que se fazer referência, neste contexto, ao assim denominado direito à paz, cuja dimensão individual, em regra, não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade em seu todo. Inobstante isso, não há como desconsiderar que também a preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do homem considerado na sua individualidade, já que é na guerra e em períodos de exceção que costumam ocorrer as maiores violações desses direitos fundamentais.

Poucos são os doutrinadores que concebem a paz como um direito individual, exemplificando-se Bonavides, a quem se destaca a maior referência teórica sobre essa quinta dimensão, admitindo a paz como sendo o principal direito inserido no rol da referida dimensão. Essa discussão, por mais sedutora que seja, refoge à investigação feita por esse trabalho, ficando sob o crivo dos estudiosos perquirir se incorpora-se, ou não, a paz como direito fundamental de quinta dimensão.

Diante disso, a reflexão esposada a respeito da paz ser incorporada no ordenamento jurídico como um direito fundamental, ressoa pelo anseio de um espírito humanitário mundial, dispensando-se, a todos, a observância de preceitos constitucionais e infraconstitucionais, garantindo-se e promovendo-se a paz, podendo ser configurado como um dos mais notáveis progressos à proteção do ser humano, na convivência social.

Como o Direito surge, dentre outros, com a existência humana em sociedade, tendo essa passado por inúmeras transformações, os direitos fundamentais, na forma como vigem hodiernamente no ordenamento jurídico, foram reconhecidos paulatinamente, atingindo graus à medida que a sociedade ia evoluindo, seja política, religiosa ou economicamente. Devido a muitos entraves em comunidade, são frutos principalmente da luta contra o poder. Nesse sentido, Bobbio (1992, p. 5) assevera que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Sobre as considerações em torno do contexto fático dos direitos fundamentais, de acordo com as variadas dimensões, no que tange ao seu processo de reconhecimento e efetivação, Sarlet (2001, p. 56), reflete que [...] “Importante é, nesse particular, a constatação de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”.

Avançando no tema, sem esgotar o assunto, cabe a nota de que os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem. A experiência histórica registra que o seu reconhecimento foi marcado por altos e baixos, por conflitos, até mesmo armado, com larga repercussão, não se olvidando, uma edificante operação intelectual singela, por meio de ampla discussão em épocas distintas, nas quais, gradativamente, foram sendo revitalizados, e continuam sendo.

Atualmente, cuida-se do varejo de uma postura ativa necessária de todos os poderes governamentais, para superar a carga histórica das atrocidades, primando-se pela plena efetivação dos direitos fundamentais, para que ganhem unidade e consistência jurídica aplicável aos casos concretos, derrotando-se um passado falido que não soube respeitar o valor da dignidade da pessoa humana.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NORMA

A seguir, elucidam-se algumas ideias sobre norma jurídica, para adentrar no conteúdo normativo dos direitos fundamentais, abordando a perspectiva de eficácia das normas constitucionais, fundado na aplicação e no sentido do texto Magno, como norma de valor jurídico, na solução de casos concretos.

O termo norma deriva do latim, que significa esquadro. Pode ser conceituada, dentre outros, como uma regra que deve ser respeitada e que permite ajustar determinadas condutas ou atividades, mandamento, de uso não relacionado apenas com o Direito, mas usada também por outras ciências, apresentando uma variedade de sentidos, pela vagueza que a palavra tem.

Para o direito, norma é um preceito jurídico, que emana de um poder estatal competente, como legislativo federal, estadual ou municipal ou poder constituinte, com características gerais, destinada a todos, sendo, por exemplo, coercitiva porque impõe um dever de conduta e duração. A norma jurídica se distingue de normas sociais, morais e religiosas. Os critérios que as diferenciam são complexos, carecendo de estudo filosófico. Os

teóricos não se alinham, apenas apresentam repostas aproximadas, visando contribuir para uma melhor compreensão.

A questão encontra antecedentes na obra de Kelsen, para o qual norma jurídica é um juízo hipotético do “dever ser”. Para o jusfilósofo austríaco a norma é um sentido de vontade, “que o outro deve se comportar de uma determinada maneira”.

Como forma de melhor compreender o conceito de norma Robert Alexy (2011, p. 53), suscita entender a diferença entre enunciado normativo e norma. Para ele quando se dispõe que “nenhum alemão pode ser extraditado”, aqui, se refere a um enunciado normativo de que é proibido extraditar alemão. A normatividade, portanto, se mostra na proibição, e é por meio do significado do enunciado que se pode abstrair a norma. Assim ressalta o debate:

O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*. Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte: “Nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16, § 2º, 1 da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo.

Canotilho (2004, p. 1202) fixa um entendimento sobre norma dizendo que “norma é o sentido atribuído a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Norma é parte de um texto interpretado”.

Na nomenclatura de Guastini 1990 (*apud* JUNIOR, 2010, p. 24), corroborando com as ideias apontadas pela teoria de Alexy, e mantendo a simetria contextual do sentido de norma na obra de Canotilho, verbera:

O texto representa o enunciado ou parte de um enunciado legislativo, enquanto a norma consiste na interpretação desse enunciado. Norma seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto. Não existe norma antes da interpretação ou independente dela. Interpretar é produzir a norma. A norma é produto da interpretação.

Da compreensão apontada pode-se inferir que para saber se determinado enunciado tem valor normativo é recomendável reconhecer o contexto do enunciado, como a conexão entre outros enunciados, o uso, as circunstâncias e as regras de utilização do enunciado primário, para o qual se busca identificar a carga normativa, fazendo-se uma interpretação do texto para poder ter a norma. Necessário, assim, uma produção interpretativa do texto para se ter como resultado a norma. Desta feita, um artigo da Constituição, por exemplo, representa um enunciado. Após a interpretação desse artigo, aplicado ao caso concreto, tem-se a norma.

Até aqui se elucidou sobre norma em sentido geral. Tendo em vista que o estudo teórico da norma jurídica não é objeto precípua deste estudo, não se fará análise desse instigante tema, em que pese a reconhecida relevância. Cuida-se aqui da investigação acerca

do que são normas de direitos fundamentais, ligado à perspectiva quanto à eficácia do conteúdo jurídico das normas de direitos fundamentais.

O conceito de norma de direito fundamental compartilha com o mesmo problema que se tem em conceituar norma. A questão não é nova e encontra contornos diferenciados, mas com poucas variantes.

No modelo utilizado por Alexy os contornos existentes entre direitos fundamentais e norma de direito fundamental têm estreita relação. Mas não significa que não possam ser diferenciados. Para ele, os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais não são sempre dois lados da mesma moeda, apesar da relação. Nos escritos, o teórico alemão assevera:

Sempre que alguém possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito. É recomendável, por isso, tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental. (ALEXY, 2011, p. 50-51)

Em título recente, Vale (2006, p. 28) esboçando que existe uma singela diferença entre direito fundamental e norma e direito fundamental, ressalta que isso decorre da própria Constituição, uma vez que os direitos fundamentais não se limitam apenas aos que hoje estão escritos, pois existe a possibilidade de novos direitos fundamentais serem reconhecidos pelo regime e princípios adotados pela Constituição, bem como por documentos internacionais. Assim assevera:

Os direitos fundamentais não se confundem com as normas que os asseguram. Em outros termos, não existe uma correlação necessária entre os direitos e os enunciados deônticos que conformam sua proteção normativa. E isso decorre da própria previsão contida no § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que, ao instituir o que se poderia chamar de *sistema aberto* de direitos fundamentais, revela a intenção do legislador constituinte de considerá-los como uma realidade mais abrangente do que as normas constitucionais que os garantem.

Nesse intento não se olvidam as respostas encabeçadas por Alexy de que não se pode compreender as normas de direito fundamental como apenas as que conferem direitos subjetivos, porque se excluiria as que não previssem direito fundamental subjetivo, entendido, aqui, pela concepção de Sarlet (2001, p. 152), para quem quando se fala em direito fundamental subjetivo tem em “mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”.

O critério de Alexy (2011, p. 67) não se limita ao conceito de que são consideradas normas de direitos fundamentais apenas as disposições da Constituição referentes ao título dos direitos e garantias fundamentais.

Em razão de se estabelecer uma determinação Alexy (2011, p. 73-74) reponde que um enunciado para expressar uma norma de direito fundamental deve ser estabelecido diretamente da Constituição ou deve ser atribuído pelo texto constitucional, partindo do plano de validade. Atinente à atribuição discorre:

Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.
[...] Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.

Além dessa, há uma segunda fundamentação para conceituar norma de direito fundamental, haja vista que o teórico germânico divide a norma em dois grupos: atribuída e diretamente da Constituição. Quanto a esta, em se apresentar como expressa diretamente da Constituição sustenta que parte explicitamente do texto constitucional do título dos direitos fundamentais:

Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. (ALEXY, 2011, p. 76).

Nesse ponto tem-se que as normas de direitos fundamentais diretas são aquelas positivadas expressamente no texto da Constituição. Já as normas de direitos fundamentais atribuídas são as que se podem fundamentar com base na carga de valor de direito fundamental; quando se fundamenta, na argumentação que uma norma tem lastro constitucional de direito fundamental.

Em análise à questão acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas direitos fundamentais, a partir de agora, apresentam-se as diferenciações das normas de direitos fundamentais no plano de eficácia plena, contida e limitada, ou seja, quais normas estão prontas a produzir seus efeitos jurídicos, de imediato, quais não são auto aplicáveis, e as passíveis de limitações pelo poder público.

Da mesma forma que não se fez uma exposição das teorias acerca da norma jurídica, não será também possível, aqui, abordar sobre as teorias da eficácia das normas constitucionais porque não é objeto principal deste estudo, carecendo de um amplo domínio dessa seara. Contudo, reconhece-se a relevância do tema, dada à hodierna utilização pela doutrina e jurisprudência pátria.

Marques, (2010, p. 7) assenta que “a eficácia jurídica refere-se, portanto, apenas a capacidade da norma para produzir efeitos no plano jurídico, nada mais”. Nesse sentido é a

posição de José Afonso da Silva ao afirmar não existir norma constitucional desprovida de eficácia. Segundo ele:

Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2001, p. 81-82).

Doutrinariamente, denomina-se norma de direito fundamental de eficácia plena a pronta a produzir efeitos jurídico no momento em que entra em vigor, não havendo necessidade de lei infraconstitucional determinar que deve ser cumprida. Elas incidem diretamente, não podendo sofrer restrições por parte do poder público, a exemplo dos artigos 1º, 2º, 5º, da Constituição Federal.

Por entender que a norma de direito fundamental de eficácia plena é completa, desprovida do auxílio da lei para que realize o intento, produza efeitos imediatamente, independentemente de complementação posterior, a fim de se esclarecer e detalhar o que a norma quer exprimir, Silva (2001, p. 99) conclui:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

Dessa maneira, infere-se que as normas de eficácia plena tendem a conter a aplicabilidade dos fins gerais e sociais do Estado democrático.

Para que uma pessoa não se insurja perante a outra no exercício de um direito, o constituinte originário objetivou limitar a tutela de alguns direitos, visando manter o equilíbrio na ordem estatal, para preservar, entre outros, a ordem pública, a segurança pública, a incolumidade das pessoas, fornecer a segurança nacional externa e interna, algumas normas, mesmo sendo autoaplicável, têm aplicabilidade imediata desde o momento em que entra em vigor, mas podem sofrer restrição pelo poder público, exemplificando-se o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, em que impõe-se condições a serem observadas para o exercício de uma profissão. São as denominadas normas de eficácia contida, por tratar de matéria cujo conteúdo é delimitado, carecendo de regulamentação posterior.

Na lição de Silva (2001, p. 115) as limitações ao exercício de alguns direitos se impõem como forma do Estado democrático manter a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Nessa senda, eis o conceito de norma contida:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Diante desse paradigma, a norma de eficácia contida foi suficientemente normatizada pelo constituinte originário, porém, deixou uma margem, nos limites da Constituição, para o legislador ordinário fixar restrições. Não se trata de faculdade, pois ao estabelecer limites o legislador deve observância aos imperativos constitucionais, para evitar abusos, que afrontem as garantias, por meio de normas que inviabilizem a harmonia entre os preceitos constitucionais. É por isso que as normas de eficácia limitada são estabelecidas como exceção.

A questão que se coloca a essa altura faz alusão de que as normas de eficácia contida têm aplicabilidade direta e imediata, facultando-se ao legislador infraconstitucional a possibilidade de se estabelecer restrições, sem, porém, desconsiderar os preceitos constitucionais, não os tornando irrestritos, porque não lhe é lícito limitar as matérias ao bel prazer, como melhor julgar, mas apenas em casos extremamente necessários, para evitar que a sua atuação torne o lastro constitucional de outras normas ineficazes, perdendo toda a razão de ser.

Voltando ao aspecto de atuação do legislador infraconstitucional em ser-lhe possível limitar o exercício de direitos, incluem-se, nessa esfera, as normas de eficácia limitada, designadas pela doutrina como as que não são autoaplicáveis, incidem indiretamente, pois dependem de atuação futura do poder público.

A doutrina afamada é francamente no sentido de que as normas de eficácia limitada se dividem em dois grupos: “normas de princípio institutivo e normas programáticas”. Estas traçam metas, diretrizes, instituem programas. Aquelas dispõem sobre a criação de órgãos, instituem funções, criam institutos, não se olvidando que dependem de regulamentação para produzir efeitos jurídicos. Silva (2001, p. 119) diferencia:

As normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo contém apenas o começo, o esquema geral de determinado órgão, entidade ou instituição. A efetiva criação, organização ou estruturação fica a cargo de normatização infraconstitucional na forma prevista pela Constituição. Como exemplo, cita-se art. 33 “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios”.

Quanto às normas de princípio programático é a seguinte a redação doutrinária pátria:

Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 2001, p. 138).

Importante salientar que, pela amplitude do assunto, não se examina, aqui, qual ideia deve-se alhear. À primeira vista, os dois escólios parecem contribuir para dar maior clareza às concepções supra assinaladas.

Resumindo o que foi dito acerca desse importante aspecto, o escólio doutrinário elucidada que as normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas através das quais o legislador constituinte traçou as bases gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei, a exemplo dos artigos 91, 125, § 3º, 131, da Constituição Federal.

As normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte não teve como escopo regular, direta e imediatamente, determinados interesses, contudo, limitou-se a delinear os princípios para serem cumpridos pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por meio de programas das respectivas atividades, objetivando à realização dos fins sociais do Estado. A Constituição Federal de 1988 apresenta vários enunciados que indicam um caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional, como dispostos nos artigos 196, 215, 218, *caput*.

3 REFERENCIAL TEÓRICO DE DIREITO FUNDAMENTAL COM STATUS DE PRINCÍPIO.

Princípio exprime início, causa primária. Na ordem jurídica a discussão tem um vasto campo. O conceito não é unânime. Doutrinariamente também são concebidos como fonte do direito. Alguns aduzem que o princípio existe por si só, servindo de fundamento para o nascimento da norma.

Estudado como parte integrante da norma, elucida-se que o princípio se distingue de norma e regra. Estas são abstratas, os princípios, ao contrário, são utilizados na interpretação do caso concreto.

3.1 ESTRUTURA TEÓRICA DOS PRINCÍPIOS

O objetivo deste capítulo é discorrer sobre a estrutura da norma de direito fundamental, partindo da distinção entre regras e princípios.

A argumentação não é ambiciosa, pois a abordagem sobre a teoria dos princípios, sem sombra de dúvidas, carece de uma elaboração mais aprimorada. A redação aqui é mais simplista, pois uma melhor técnica teórica, abordada pelos doutos constitucionalistas, afigura-se como mais privilegiadora desse assunto.

O tratamento dado à diferença entre regras e princípios não é unânime pela doutrina, mas relativamente se ombreiam. A elucidação sobre essa distinção estrutural das normas de direitos fundamentais tem atraído cada vez mais a atenção dos juristas.

Alexy (2011, p. 85) defendendo a importância da diferenciação, mesmo porque não raro as normas de direitos fundamentais serem referidas como princípios, e, por outro lado, porque a diferença possibilita uma melhor utilização na aplicação sistemática do texto constitucional, explica que:

Essa distinção é a base para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico [...]. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Entendendo que existe uma simetria em alguns pontos entre regras e princípios, Alexy (2011, p. 87) verbera:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Concebendo que os critérios diferenciadores entre regras e princípios não são apenas os retromencionados, porque as regras e princípios podem ser diferenciados pela determinabilidade dos casos de aplicação, por serem normas de argumentação ou comportamental, entre outras, dependendo do critério a ser adotado, o escólio do teórico alemão destaca que existe um critério amplamente utilizado pela doutrina, qual seja, o da generalidade. Conforme esse critério, a ideia construída é de que:

Princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério da generalidade seria possível pensar classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. (ALEXY, 2011, p. 88).

Contudo, no entendimento de Alexy, a tese da generalidade não é a mais escorreita. Para ele a tese que melhor se coaduna com a estrutura da norma não é a que diferencia regras e princípios pela generalidade, nem pela diferença gradual, mas sim quanto à diferença qualitativa. Nesse sentido, na obra de Alexy, apresenta-se o critério distintivo:

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 de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. 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 fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2011, p. 90).

Ao se referir que princípios são “mandamentos de otimização” Alexy utiliza em sentido amplo, de que são incluídas tanto as permissões quanto as proibições. Atinente à ideia de que regras são sempre “satisfeitas ou não satisfeitas”, exprime a análise de investigar se o grau de cuidado a ser exigido pelo enunciado foi satisfeito ou não.

Se um dispositivo exige que determinado comportamento não pode ser praticado, e o mesmo é respeitado, então essa regra é satisfativa, atingindo os fins a serem alcançados.

Douta banda, se o enunciado não é respeitado, quer dizer que não atingiu os objetivos, sendo a regra não satisfativa.

Na proposta apresentada por Dworkin 1978 (*apud* JUNIOR, 2010, p. 27) em essência princípios são distintos de regras, não apenas semanticamente. Ambos são distintos pelo seguinte aspecto:

Ambos partem de pontos comuns para decisões particulares sobre determinada obrigação jurídica em circunstâncias particulares. No entanto, são diferentes no caráter da direção que cada uma deles empreende. As regras são aplicáveis tendo em vista a ideia de *tudo ou nada*. Dentro dos que a regra estipula, ou essa regra é válida e deve ser aceita ou, ao revés, a regra não é válida e, portanto, em nada contribui para a decisão.

Corroborando com o posicionamento firmado por Dworkin (BARROSO; BARCELLOS) (2003, p. 313) na discussão acerca da diferenciação entre regras e princípios aludem:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na media do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Na obra de Canotilho para saber como distinguir regras de princípios deve-se considerar vários critérios sugeridos, a saber:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. B) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta. C), *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). D) *Proximidade da ideia de direitos*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente fundamental. F) *Natureza normogênica*: Os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que

estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (CANOTILHO, 1991, *apud* JUNIOR, 2010, p. 29).

Como se pode ver, pelo que foi mencionado, não é tarefa fácil distinguir regras e princípios pela complexidade que são permeados, não havendo consenso quanto a distinção. Porém, um fundamento comum entre a doutrina majoritária é de que regras e princípios são partes estruturantes da norma.

Isso significa que a norma tem como parte integrante a regra e o princípio. Ambos desfrutam igualmente de *status* normativo jurídico.

Princípio expressa valor, tem conteúdo finalístico, de acordo com as condições jurídicas do caso concreto, carecendo de interpretação, ponderação para sua fiel aplicação, diante de intervenção estatal, quando restringi direito fundamental, por exemplo.

A regra, por sua vez, descreve condutas, como um fazer e não fazer. Incidindo diretamente, desde que ocorra a situação fática descritiva. A regra incide totalmente, não havendo ponderação.

Ao contrário do que se imagina, a resposta que melhor define a diferença entre regra e princípio não é aqui apontada. Isso porque essa ilustração deve ser abarcada por um considerável suporte teórico que sustente, fundamentadamente, para quem pretende apresentar um modelo de distinção.

Em que pese a regra descrever condutas, infere-se que havendo a situação fática descrita na regra aplica-se o princípio que melhor apresente conteúdo jurídico finalístico, ou seja, aplica-se o princípio que indique o fim a ser alcançado com a aplicação da regra, segundo o ponto de partida do intérprete.

3.2 O NÍVEL DOS PRINCÍPIOS COMO NORMA JURÍDICA

As análises dos tópicos anteriores serviram de premissa para que se possa definir a natureza jurídica dos princípios.

A palavra princípios apresenta uma variedade de sentidos. Conceituar um instituto jurídico não é tão simples, pois pela plasticidade do direito uma definição pode ser contestada. Porém, mostrou-se necessário tecer algumas considerações doutrinárias acerca do que são princípios.

O termo princípios pode ensejar a concepção de começo, de ser o início, a causa primária, a base, entre outros significados, no entanto, neste trabalho, a palavra princípio será abordada no aspecto jurídico, quer dizer, como o direito compreende os princípios, qual o significado dos princípios para a ciência jurídica.

É de proveito mencionar que a doutrina majoritária entende que os princípios gerais são fontes do direito. Neste caso, a concepção é de que as normas jurídicas também se formam e se estabelecem por meio de princípios. Assim, da mesma forma que se estabelece a lei como sendo uma fonte do direito, e supõe-se que toda norma expressa que se reveste de caráter legal deve ser concebida como pertencente ao ordenamento jurídico, a mesma compreensão se aplica aos princípios, visto ser assente que os princípios têm manifestação normativa.

Quanto à atribuição dos princípios gerais do direito como norma, Bobbio 1992 (*apud* DIRLEY, 2008, p. 144) faz os seguintes apontamentos:

Os princípios gerais são apenas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Holthe (2009, p. 54) aduz que “as normas jurídicas constituem o gênero, do qual são espécies as regras e os princípios jurídicos”. Barroso (2008, p. 203), firmando o mesmo entendimento concebe que normas jurídicas são, sim, “um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios”.

Pois bem. O pensamento elucidado até aqui caminha para uma conceituação válida de que princípios são normas. Como ainda é um pouco vago, cabe, portanto, buscar nas fontes teóricas os elementos que definem um conceito de princípio jurídico.

Percebendo a amplitude do conceito de princípio, Alexy (2011, p. 114) comenta que “podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”.

Quanto à observância, em análise teórica dos princípios, utilizando a tese da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, Alexy alude que princípios são invocados diante de colisões, para servir de

balança, pois eles têm peso nas decisões que envolvem direitos fundamentais, seja contra ou a favor da decisão. Asseverou que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2011, p. 117).

Ávila (2009, p. 38) introduz uma discussão sobre a possibilidade sobre a referida teoria apresentada por Alexy, que traz uma clareza quanto à conceituação do duto germânico:

Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

O professor argentino Vigo (2000, p. 3) destaca que o estudo acerca da origem doutrinária dos princípios jurídicos não é recente. São anos de pesquisa, mas não se sabe com precisão quem foram os autores precursores do debate.

Vigo ainda defende que essa celeuma tem estreita relação com o estudo do direito natural, na distinção entre os direitos imanentes humanos e o direito positivado. Para o referido doutrinador não existe um marco, todavia, diante de violações de direitos da própria natureza humana, com a formação do Estado contemporâneo, surgiram algumas ideias de valores que servem de fundamento para os direitos que iam sendo reconhecidos. Assim aduz:

Al margen de labúsqueda por elorigendoctrinario de lo que hoyllamamosprincipios jurídicos, nos parece evidente que dicha problemática aparece intimamente ligada aljusnaturalismo; concretamente, a ladistinción entre elderecho escrito, contingente y establecido como tal por loshombres, y elderecho universal, necesario y simplemente reconocido por loshombresenese carácter. Sin embargo, no es menos cierto que latesis de losprincipiosjuridicos, o la más jusprivatistaexpresión de principiosgenerales de derecho, adquir, conlaformacióndel estado contemporáneo, ribetesmuyespeciales, particularmente a partir de laconsagración de ladivisión de poderes, de laexigencia central de seguridad jurídica y del pluralismo social. (VIGO, 2000, p. 3).

A tese sustentada por Vigo alude que os princípios jurídicos são os bens mais básicos do ser humano, decorrentes da natureza, como a vida, da qual são estabelecidas normas exigindo-se condutas aptas a garanti-la. Menciona que:

Precisamente los “principios jurídicos em sentido estrito” tienen por objeto aquellosbienes básicos o derechos que inhieren em la naturaliza humana y, consecuentemente, implicanlascondutas que se debe o no realizar para garantizarelrespeto de ellos. (VIGO, 2000, p. 27).

O doutrinador argentino constatou que os direitos humanos originários, os que são evidentes à condição humana, são concebidos como princípios jurídicos porque são condição *sine qua non* para a existência dos derivados, direitos que necessitam de reconhecimento por meio de um discurso jurídico, de uma interpretação.

Para melhor compreensão, Vigo ainda cita que a vida é um direito originário, natural, portanto, um princípio. Quando passa a ser protegida pelo direito se torna princípio jurídico. Dela se deriva outro direito, como a legítima defesa, entendida como direito derivado, porque tomou como base um bem intrínseco ao ser humano. Sobre essa teoria expõe o doutrinador:

Los originarios tienen una juridicidad evidente intrínseca o radical, y corresponden de considerar la naturaleza humana en sí misma de ahí que coinciden con los “principios del derecho”, “principios fuertes” o “principios en sentido estricto”. Los derechos derivados cuentan con una juridicidad que la razón descubre a partir de los originarios y en relación con situaciones históricas determinadas; por eso, si bien coinciden en que son “naturales”, hay en estos últimos una carga de historicidad a la hora de su conocimiento y de su consagración autoritativa. El título de unos y otros es la naturaleza humana, pero en tanto que a aquéllos se los reconoce naturalmente o por evidencia por y para todo hombre, es decir, sin necesidad de un discurso en sentido estricto, los derivados sí requieren un elemental discurso que compute el marco histórico y el consiguiente riesgo de error, ignorancia o dudas. Estos derechos derivados no son estrictamente los bienes más inequívocamente intrínsecos a la naturaleza humana, sino manifestaciones, proyecciones o medios inmediatos de ellos; así por ejemplo, mientras el derecho a la vida es originario, el derecho a la legítima defensa sería derivado. (VIGO, 2000, p. 67).

As considerações indicam que o princípio o é porque não tem nada que o anteceda, que o fundamente, existe por si só. O princípio é a base da norma. Ao se estabelecer a norma existiu um critério, um juízo de valor, um peso. O princípio existe antes da norma, surgido da própria natureza.

Quando se dispõe que é proibido matar, essa norma que ordena um não fazer teve como fundamento a vida. Esta serviu de alicerce para se estabelecer a norma proibitiva. Portanto, a vida é um princípio porque decorre da natureza. Assim, a partir do momento que passou a ser protegida pelo direito, escrito na Constituição, diz-se que a vida é um princípio jurídico.

De tal maneira, conceituar princípio jurídico com precisão não é tarefa fácil, razão porque se traçou apenas noções gerais, visto que a pretensão não é discorrer sobre o tema exaustivamente, por ser demasiadamente prolixo, deixando o labor para os diferentes níveis do campo da teoria filosófica dos princípios jurídicos.

3.3 A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Diante da leitura da literatura jurídica, até então apresentada, verificou-se que vige a tese de que os direitos naturais independem de norma emanada do Estado.

À vista de que os direitos fundamentais expressam a proteção aos bens mais básicos do ser humano, decorrentes da natureza, que passaram a se aperfeiçoar, pela importância da sua aplicação jurídica como princípios, entende-se que estes têm um atributo associado à norma, cujos efeitos são observados diante de ações juridicamente necessárias para a aplicação da norma.

Alexy (2001, p. 135-136), discorrendo sobre a relevância da aplicação dos princípios, apresenta a seguinte concepção:

Um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado *corretamente* a favor ou contra uma decisão nesse âmbito. Se ele puder ser utilizado corretamente, então, ele é válido. É claro que é possível discutir quais princípios são válidos nesse sentido. Mas, por razões óbvias, essa discussão sobre a validade é menos frequente que a discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios. A discussão acerca da máxima *in dubio pro libertate*, por exemplo, diz respeito a pesos abstratos, já que essa máxima expressa a precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual. Já o debate sobre a solução correta para casos individuais de direitos fundamentais diz respeito sobretudo a sopesamento ou precedências concretas.

Nessa senda, os princípios têm um papel de orientação interpretativa das normas, constitucionais entre si e as constitucionais frente às infraconstitucionais.

Através dos princípios o intérprete busca alcançar o sentido da norma, aplicando-a de acordo a hierarquia em que se encontra. É o que (BARROSO; BARCELLOS) (2003, p. 37) chamam de eficácia interpretativa:

A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Isso acontece, *e.g.*, entre leis e seus regulamentos e entre as normas constitucionais e a ordem infraconstitucional como um todo. A eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

Ainda sobre a aplicação dos princípios nas decisões, Alexy (2011, p. 139) aponta o vasto campo de abrangência dos efeitos interpretativos atribuído aos mesmos. Veja-se o escólio:

No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Nesse ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso do princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência.

Os princípios jurídicos têm essa peculiaridade de servir como critério fundamental diante de decisões, possibilitando ao intérprete construir argumentos aptos a por fim o cerne meritório.

O doutrinador Vigo (2000, p. 183) aponta a proposta de que os princípios jurídicos podem ser utilizados como um peso na interpretação do caso, possibilitando se fazer um balanceamento, ou melhor, ponderação entre as pretensões para, enfim, se chegar à melhor solução do problema.

Outra típica propuesta em torno del problema teórico y práctico bajo estudio consiste em que, em lugar da referida “jerarquización” apriorística, se confia em eljuicio del operador, para que resuelva em cada caso cuál es el peso, importância o prevalência que cabe reconhecer a los principios o derechos a ser tenidos em cuenta para la solución del mismo. Esta técnica del balanceo (*balancing test*) o de la ponderación de bienes (*Güterabwägung*) se apoya em la capacidad del jurista que ha assumido la resolución del tuerto para que, sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezcan cierta preferencia o desplazamiento de alguno de los principios em juego.

Havendo, portanto, conflito entre normas, ou entre princípios, estes têm acentuada atenção, pois se prestam a uma clássica solução jurídica, qual seja: resolver um conflito e dizer, no caso concreto, qual norma deve ser aplicada à situação, isso através de uma interpretação principiológica constitucional que melhor atender o deslinde da controvérsia.

4 O DIREITO À LIBERDADE DO FILHO LACTENTE DE APENADA

A liberdade é um direito fundamental. Decorre do direito natural do homem poder agir sem temer interferências do Estado, salvo as limitações expressamente fundamentadas.

A concepção de liberdade pode ser abordada sobre vários aspectos, a depender de como ela se presta. O campo de atuação é amplo, posto não se limitar ao direito de ir e vir, de circular.

4.1 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO À LIBERDADE

Muitos teóricos têm discutido as bases jurídicas da complexidade acerca da liberdade. Os debates giram em torno da liberdade como necessidade, da diferença entre liberdade e liberação, de liberdade protegidas e não protegidas pelo Estado, liberdade de circulação, de locomoção, liberdade de expressão, de opinião, liberdade de informação, dentre outras afetas à natureza humana, da qual se parte da consideração que o homem nasce livre.

As raízes filosóficas acerca dessa temática não serão apresentadas neste estudo. As abordagens que serão feitas, a partir do problema das crianças lactentes que convivem com a mãe na penitenciária, dedicam-se à positivação da liberdade numa acepção da liberdade de locomoção e de circulação, como princípios de direitos fundamentais.

A liberdade é uma condição natural. Esta é a regra. Toda pessoa nasce livre, desprovida de embaraços, de ações que limitem o ir e vir. A liberdade pode ser considerada uma expressão da vida, de que um ser vivente goza do seu fôlego, da sua alma, do seu espírito, da sua essência humana se estiver livre.

Em virtude de a liberdade decorrer da vida que possibilita, entre outros, conquistas constantes, à medida que cada pessoa evolui mental, psíquica e fisicamente, pode-se inferir que toda pessoa deve ser desprovida de qualquer entrave. Trata-se de médio consentimento popular.

Assim, nada obsta que se parta dessa concepção, considerando a realidade da cultura humana que a liberdade deve ser a mais ampla possível. Quando se diz que todos são livres, quer se dizer que não existem embaraços, restrições ou qualquer resistência, para que as pessoas gozem de liberdade.

Conceituar o que é liberdade não é muito claro, mesmo sendo possível apontar ações práticas associadas à liberdade, a partir de um ponto de vista.

A presente pesquisa interessa apenas à liberdade numa acepção jurídica de direito fundamental. Vejamos.

O problema a ser enfrentado surge quando algum poder passa a impor limites à liberdade às pessoas que não estão submetidas aos ditames do *jus puniendi* do Estado. Nesse caso, a resistência ao arbítrio do poder se impõe.

Vozes expressivas contra arrazoaram o despotismo, manifestando que até se pode restringir a liberdade, porém, lícitamente, e nos limites expressos pela autoridade que impôs. Daí dizer que a positivação da liberdade tem suas origens na busca do equilíbrio entre a ação do poder e a limitação. Laski 1950 (*apud* SILVA (1999, p. 235) explica essa compreensão:

Nesse sentido, autoridade e liberdade, são situações que se complementam. É que autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. “O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão da sua personalidade”.

Tratar da liberdade jurídica, do que é ou não protegido pelo direito, entende-se que, inexistindo regras quanto a determinado comportamento, todas as pessoas têm o direito de agir como bem entenderem, segundo as próprias convicções e opções, além de poderem se locomover sem limitações.

Traçando uma compreensão de liberdade numa acepção jurídica, Bentham 1970, (*apud* ALEXY 2011, p. 226) traduz que, “desde que o legislador não tenha ordenado ou proibido nenhum ato [...] todos os atos são livres: todas as pessoas estão em liberdade em face da lei”.

Nessa senda, as bases teóricas de Alexy (2011, p. 227) apontam que a melhor forma de compreender a liberdade jurídica é distinguindo entre o que é liberdade jurídica não protegidas e protegidas, para quem no primeiro caso trata-se de atos que não interessam ao Estado, ou melhor, as pessoas podem fazer ou não fazer o que o Estado não vedou por meio de lei.

Já as liberdades protegidas são as que o Estado tem interesse, por isso impõe limites, restringe, são estabelecidas condições para um fazer ou não fazer. Assim aduz o teórico alemão:

Uma liberdade não-protegida existe caso tanto uma ação quanto a abstenção correspondente são qualificadas como permitidas. A qualificação de uma ação como permitida pode ocorrer por duas razões: ela pode basear-se em uma norma permissiva expressa ou ela pode ser fundamentada por meio da inexistência, no

sistema jurídico, de normas mandatárias ou proibitivas no âmbito das quais se enquadrasse a ação ou a abstenção em questão. (ALEXY, 2011, p. 230).

Para aclarar a ideia, ao se falar em liberdade não-protégida se aduz que o Estado não pode criar embaraços no comportamento que não existe lei restringindo o direito de se comportar como bem entender cada pessoa, para fazer qualquer ação que seja permitida.

Douta banda, existindo no sistema jurídico norma estabelecendo que determinado comportamento está condicionado a uma ação imposta pelo Estado está se falando em liberdade protegida. “Se uma liberdade está associada a um tal direito e /ou norma, então, ela é uma *liberdade protegida*” (ALEXY, 2011, p. 233).

A restrição à liberdade de locomoção e circulação decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado importa vedação à discricionariedade da pessoa praticar qualquer ação livremente, posto que, por infringência à lei, ao Estado incumbe o poder dever de impor ao condenado as normas de execução penal, a exemplo do recolhimento em estabelecimento penal.

Esse exercício de competência de sujeitar uma pessoa aos ditames do Estado está situado no ordenamento jurídico constitucional, norma esta que também assegura que nos casos em que haja necessidade de cerceamento da liberdade de um indivíduo tal penalidade não poderá atingir terceira pessoa que não o próprio apenado.

Em razão do regramento constitucional abordado foi que surgiu a problemática desta pesquisa, considerando que se passou a questionar sobre o cerceamento da liberdade dos filhos lactentes de apenadas, fato este totalmente incompatível com o regramento em epígrafe.

4.2 O DIREITO À LIBERDADE DO FILHO LACTENTE DE APENADA

A sociedade moderna sufragou que o direito é uma alternativa contra a autotutela, com o escopo de substituir as lutas da imposição do mais forte sobre o mais fraco por debates públicos, em vez de armas letais, sugestões e discursos. Não é outro o entendimento doutrinário, senão vejamos:

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais

coletivos, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 25).

A violação de garantias fundamentais estimula qualquer operador do direito em perquirir, minuciosamente, sobre aspectos relevantes acerca de tal violação.

Constitui o cerne deste estudo o questionamento sobre o direito à liberdade do filho lactente de apenada, considerando que a Constituição Federal de 1988 é bastante clara ao dispor que a pena não poderá passar da pessoa do apenado.

À apenada condenada a pena privativa de liberdade, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe-se os efeitos da condenação penal, como recolhimento em cela individual e submissão às regras concernentes ao vestuário na unidade prisional.

Até aqui se falou de imposição legal do Estado ao condenado, regra legal. Porém, o que dizer com relação ao filho lactente de apenada que convive com a mãe na prisão durante o período de amamentação, sofrendo os efeitos de uma condenação penal?

Algumas decisões judiciais, que concedem à apenada o direito de cuidar do filho lactente em prisão domiciliar, têm apenas como fundamento que criança tem direito ao aleitamento materno na sua residência por inexistir na unidade prisional condições físicas adequadas, como, v.g., um berçário, fato este que se torna forçoso a permissão à apenada cuidar da criança em ambiente familiar.

A tese sustentada por meio deste estudo não é, contudo, baseada no fundamento das decisões encontradas, mas em razão de um fundamento maior, qual seja: o cerceamento da liberdade de pessoa que não foi condenada, mas que, temporariamente, cumpre pena por tabela.

4.2.1 Crianças Atrás das Grades

Independentemente de o Estado fornecer as melhores condições na unidade penal, ainda que seja garantida toda assistência material à criança lactente, até se disponibilizasse “berço de ouro”, frise-se que: os efeitos da sanção penal jamais poderão estender-se a terceiros, muito menos ao nutriz, considerando o vilipêndio a todos os direitos inerentes à criança, além do conseqüente aviltamento à pessoa humana.

Silenciar diante disso, privando a criança do direito à liberdade, antes mesmo de ser um ato profícuo, é um ultraje, além do fato de sujeitá-la a diversas situações humilhantes.

Transpostas para a discussão, as concepções acima dão lugar à visão de reconhecimento de pessoa. Vislumbra-se ser necessário analisar a condição do lactente numa perspectiva subjetiva, de *persona*.

Indubitável que a criança lactente não tem possibilidade de fazer qualquer juízo de valor sobre a situação que se submete. De todo jeito, a compreensão sobre o campo de abrangência da autodisposição pode ser interpretada contextualmente pela seguinte lição:

Do mesmo modo, a auto disposição característica da pessoa depende de um processo de socialização, do outro. É o outro que limita as tendências e instintos de cada um, e é antecipando seu olhar sobre si que o indivíduo consegue distanciar-se de si e apropriar-se de si. É antecipando as reações dos pais, de aprovação e desaprovação, que a criança adquire um ponto de vista externo a si, podendo, a partir daí, distanciar-se de suas inclinações, percebendo-se como um sujeito que pode agir de modo a receber aprovação ou desaprovação, que pode, portanto, agir por si mesmo. (BARZOTTO, 2010, p. 47).

Abstrair e negar essas capacidades para justificar a atuação do Estado, face o *jus puniendi*, é uma ideia vertiginosa do poder público, vislumbrando-se que o mesmo tenta se esquivar ao cumprimento da Constituição Federal ou evita o enfrentamento do problema para não causar mais um desgaste institucional.

Com isso, passa-se a vigorar um modelo contrário à ordem constitucional do direito à liberdade.

Conforme dito alhures, a criança lactente é desprovida de consciência e disponibilidade de si mesma, dependendo de outra pessoa para representá-la nos atos da vida civil. Diante de tal fato, não se pode conceber que o próprio Estado, incumbido na fiscalização da proteção da criança e adolescente, tolha a liberdade de um inocente indefeso, ferindo a sua dignidade.

Segundo Bracho (2006, p. 106) o valor da pessoa é supremo, assim ele aduz:

A pessoa é um *prius* para o direito, isto é, uma categoria ontológica e moral, não meramente histórica ou jurídica. [...] pessoa é todo indivíduo humano, homem ou mulher, por sua própria natureza e dignidade, à qual o direito se limita a reconhecer esta condição. [...] o conceito de pessoa e o direito à vida são essenciais para explicitar a concepção de direitos humanos e a internacionalização dos mesmos e, portanto, para consagrar a dimensão da dignidade da pessoa humana.

Ainda que se saiba que a criança não tem compreensão da gravidade a que está submetida ao cumprir pena por tabela, não se pode negar que o mais grave é ignorar a condição desta de pessoa humana, possuidora de todos os direitos e garantias fundamentais inseridos no texto constitucional.

Diante do exposto advoga-se que a criança lactente está, de fato, cumprindo pena por tabela em razão da sua estadia temporária no presídio junto à mãe apenada, situação esta totalmente incompatível com o direito à liberdade.

Não há que se nutrir nesta oportunidade uma discussão sobre qual a solução pronta, acabada e eficaz para dirimir o problema, haja vista os óbices de cada caso concreto.

Vislumbra-se, tão somente, que o Estado tem o dever de propiciar à mãe apenada o direito de permanecer com a criança durante o período de amamentação, mas em local diverso do presídio, para que não volte à frente para as máximas constitucionais, a saber: a intransmissibilidade dos efeitos da condenação.

4.3 INTRANSMISSIBILIDADE DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLV, preceitua que "a pena não passará da pessoa do condenado". Com base neste princípio, terceira pessoa não poderá cumprir a pena do condenado.

A intervenção do Estado nas prerrogativas individuais justifica-se para preservar a ordem pública, de modo que é lícito restringir direitos de quem comete algum crime e é condenado a cumprir pena em regime fechado.

Porém, a potencialidade dos efeitos dessa ação tem limites, pois, pelo princípio da responsabilidade pessoal da pena, é vedada a extensão desta sanção penal a um terceiro. O entendimento é assente na doutrina, assim confira-se:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como *princípio da pessoalidade* ou da *intranscendência da pena*, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social. (GRECO, 2009, p. 79).

O princípio constitucional citado enuncia que, havendo responsabilidade penal, somente o condenado deve sofrer os efeitos da condenação. Na lição doutrinária é a seguinte a compreensão:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado. (ZAFFARONI, 1996, p. 138).

Ressalvadas as exceções previstas na Constituição Federal, exemplificando-se a reparação de dano pelos herdeiros, ninguém poderá ser responsabilizado, ou sofrer efeitos de

condenação, por fato delituoso que não tenha cometido ou ao menos colaborado para o resultado. A respeito disso segue o posicionamento:

Havendo o falecimento do condenado, por exemplo, a pena que lhe foi infligida, mesmo que de natureza pecuniária, não poderá ser estendida a ninguém, tendo em vista o seu caráter personalíssimo, quer dizer, somente o autor do delito é que pode se submeter às sanções penais a ele aplicadas. Todavia, se estivermos diante de uma responsabilidade não penal, como, v.g., a obrigação de reparar o dano, nada impede que, no caso de morte do condenado e tendo havido a transferência de seus bens aos seus sucessores, estes respondam até as forças da herança [...]. (GRECO, 2009, p. 79).

Acrescenta-se a isso que pessoas inocentes não podem ser levadas à prisão juntamente com o condenado para com este sujeitar-se às imposições da execução penal.

A Lei de Execução Penal nº. 7.210 de 1984, com redação contrária ao preceito constitucional da intransmissibilidade da condenação, indica critérios de conveniência administrativa, assim dispondo:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Art. 83 (*omissis*)

§ 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

[...]

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Destarte, vale trazer a lume que a LEP, sancionada sob a influência do regime militar, merece uma reforma à luz da Constituição Federal para corrigir esse arbítrio desmedido e disforme ao permitir que uma criança seja mantida na prisão.

A inconstitucionalidade parcial da Lei de Execução Penal é de uma clareza solar, porque o Estado está atuando contrário às normas de direitos fundamentais.

Como a Constituição Federal veda que os efeitos da condenação penal sejam transferidos a terceiros, a lei infraconstitucional deve ser interpretada como inconstitucional nos dispositivos abordados, haja vista permitir que terceiros inocentes permaneçam presos por tabela.

Quanto à disposição de norma infraconstitucional, que dispõe de ações contrárias às normas de direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 231) concebe que tal norma é inconstitucional. “Normas proibitivas e normas mandatórias de nível inferior, que proíbem ou obrigam algo que as normas de direitos fundamentais permitem fazer ou deixar de fazer, são a elas *contrárias*, e, por isso, inconstitucionais”.

Invocando a razão e o sentimento, o jusfilósofo, Marquês de Beccaria, na sua célebre obra, *Dos Delitos e das Penas*, propõe análise acerca de efeitos secundários da condenação penal para que o Estado não cometa contradições, banalizando o *jus puniendi*, suprimindo lentamente a solidariedade social.

As concepções de Beccaria (2000, p. 125), de que “toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica”, dão suporte à sustentação de que, com base na proporcionalidade da pena, seu efeito direto deve ser sentido apenas pelo condenado, na conformidade de sua “ameaça ao bem público”. Pela individualização da pena os efeitos da punição nunca podem se estender a terceiros, porque a reprovação deve ser conduzida ao fim que as leis se propõem, a exemplo da ressocialização.

Embora esse não seja admitido como um argumento conclusivo, tal posicionamento inclina-se à construção de um pensamento novo acerca da Lei de Execução Penal vigente, norma esta que permite manter a criança submetida às regras do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

4.4 O SENTIDO E O ALCANCE DO ARTIGO 5º, L, CRFB.

Como o direito é uma ciência inexata que permite métodos interpretativos, procura-se, neste tópico, aferir qual o sentido e o alcance do inciso L, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que parte do enunciado do texto, abstraindo-se, pelo método exegético jurídico, qual a intenção do constituinte originário, além da interpretação conforme a Constituição.

Na lição de Maximiliano (2007, p. 39) por meio dessa técnica “[...] A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conhecimento e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico”.

Pela técnica interpretativa, do método exegético jurídico, segundo o escólio de (MONTEIRO; SAVEDRA, 2001, p. 48) “o trabalho do jurista consiste apenas em desvendar o sentido que já está contido no código, doravante fonte primordial do direito”.

Interpretar significa dizer o que enuncia o texto, o que legislador quis expressar. É sair da abstração, da generalidade para o caso concreto. Para que a norma seja bem aplicada é preciso compreender o texto da lei e da Constituição. As intenções do legislador são analisadas à luz de cada caso.

No percurso da interpretação algumas técnicas têm participação fundamental na busca de se perquirir a aplicação mais coerente, que se coadune com a Constituição.

Para se interpretar é necessário utilizar estudo sistematizado, através da hermenêutica, método da ciência jurídica de construção do verdadeiro sentido da norma.

Para se iniciar esse tópico é de bom alvitre fazer a diferenciação entre hermenêutica, interpretação e aplicação do direito. Segundo Maximiliano (2007, p. 14) a hermenêutica, como parte a ciência jurídica, “tem por objeto o estudo e sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira”.

Fiore 1968 (*paud* FRANÇA, 1988, p. 21) preceitua que "interpretar é a operação que tem por fim fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”.

No escólio de França (1988, p. 22) a interpretação “consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais”.

A aplicação do direito consiste na adaptação do que foi abstraído pela interpretação, para se aplicar ao caso concreto. É o produto final do trabalho interpretativo. Diante de um caso concreto o jurista se utiliza da hermenêutica, que é um estudo sistematizado, aplicando-se métodos próprios, para se chegar às intenções do legislador, para que ao final se diga como o texto legal ou constitucional deve ser aplicado ao caso em estudo.

Concebendo-se que a pena privativa de liberdade, em regime fechado é efeito de uma causa determinada e consistente no crime reprovável na pessoa do autor do fato típico, ilícito e culpável, a sanção penal deve recair somente sobre o condenado.

Cumprir fazer a seguinte consideração: a criança lactente filho de mãe apenada em regime fechado não pode se submeter às regras daquele regime de cumprimento de pena, pois a mãe quem está apenada e não o infante.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 5º, inciso L, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Vê-se, então, que referido dispositivo não induz, tampouco permite, que as crianças sejam conduzidas à cadeia no período em que estão sendo amamentadas.

Atinente à interpretação do texto constitucional toma-se como suporte interpretativo a própria Constituição, tendo em vista a sua posição hierárquica superior no ordenamento jurídico.

Segundo França (1988, p. 26-27), quanto às interpretações gramaticais e lógicas são tomadas as seguintes notas:

A gramatical toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal [...]. A lógica é aquela que se leva a efeito, mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e oração do texto legal, bem assim através do estabelecimento da conexão entre os mesmos. Supõe-se quase sempre a posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical.

Interpretação extensiva, também chamada *ampliativa*, diz a "interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida". (FRANÇA, 1988, p. 30). Fazer uma interpretação extensiva é dizer que a lei não expressou completamente a intenção do legislador, este quis mais do que escreveu.

Antes de adentrar ao estudo interpretativo ora proposto vale citar as considerações de Barbosa (2003, p. 61) sobre interpretação constitucional. O mencionado doutrinador sustenta que "um dos objetivos de uma Constituição é ser bem compreendida. Neste sentido, compreender significa conhecer as intenções".

O texto legislativo tem um espírito, não se trata de letra morta. Mas para se descobrir qual o espírito do texto, o que o mesmo significa, deve-se ter uma indagação e vontade humana para uma resposta.

Nesse percurso, para melhor revelar o sentido do legislador extrai-se do texto que se uma mãe é apenada à pena privativa de liberdade, tendo filho lactente, à mãe são garantidas condições para permanecer, ficar com o menor nutriz no seio materno, preservando-se, persistindo-se o *status quo ante*, não sendo revelado no texto da Constituição que se conduza a criança para a prisão com a genitora.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no artigo 19, que "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família".

O legislador entende que é na sociedade que a pessoa se desenvolve. Os laços familiares, o contato com o mundo, a identificação do lar, são exemplos de vínculos essenciais ao pleno desenvolvimento da criança.

Dizer que a criança tem o direito de ser criada e educada no seu familiar se refere, via de regra, à família biológica, à convivência com o pai e a mãe, ou com apenas um, na ausência do outro, não em ambiente de confinamento, com infratoras.

A Convenção dos Direitos da Criança, Decreto nº. 99.710 de 1990, reconhecendo que a criança tem dignidade, que por isso deve ser respeitada, não podendo ser tratada como

objeto, nem deve ser exposta a qualquer tratamento desumano, que avilte os direitos inerentes ao ser humano, como a liberdade, devendo ser protegida de invasões na esfera privada, preceitua:

[...] Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

[...]

Artigo 3 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**. (Sem grifo no original).

[...]

Artigo 37

Os Estados Partes zelarão para que:

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária [...]

O documento internacional assegura, *prima face*, a proteção integral da criança. Implica obrigação aos Estados partes de agir em estrita observância às normas da referida Convenção.

Preceitua-se, no direito posto, que a criança deve desenvolver sua personalidade com a família, não na penitenciária, porque o ambiente penal avilta, degrada, corrompe, não traz felicidade, nem expressa amor. Ao contrário, o ambiente é tenebroso, escuro, fétido, sufocante, para não mencionar outras características humilhantes, que se impõe a uma pessoa inocente e sem qualquer discernimento.

Ainda que coerente, a proposta interpretativa apresentada por meio desse estudo, pode ser esbarrada em aporias que parecem ser incontornáveis. Entretanto, a interpretação adequada da força normativa da Constituição é aquela que não faz tábua rasa dos direitos e garantias fundamentais como a liberdade, nela consagrada. Nesse diapasão, é válido apontar o escólio:

Em caso de conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). (HESSE, 1991, p. 25).

Comparando o texto constitucional à Lei de Execução Penal, que dispõe de medidas que permite a criança ficar com a mãe na prisão, ainda que com assistência material, os preceitos da “Carta Magna” têm preponderância.

A forma como o Estado vai atuar, quais medidas serão tomadas para que se assegure à mãe apenas condições para permanecer com a criança deve ser extraída da própria Constituição.

Fazendo uma interpretação conforme a Constituição, “tendo em vista sua posição na hierarquia”, (Barbosa, 2003, p. 64), com a interpretação de uma lei infraconstitucional não poder harmonizá-la ao Texto Fundamental, torna-se legítimo declarar a inconstitucionalidade da lei inferior, porque não foi editada em conformidade com a Constituição.

Por ora, a postura por meio deste estudo caminha para a concepção de que o enunciado da Constituição Federal de 1988, para preservar a dignidade da pessoa humana, o direito de liberdade e à norma de eficácia plena da intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal, dispõe um fazer estatal, uma obrigação de agir para assegurar condições para que as apenadas possam permanecer com seus filhos, sem violar as normas definidoras de direitos constitucionais.

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DE INTEGRAÇÃO

A dignidade da pessoa humana é imanente ao ser humano. Decorre do direito natural, devendo ser respeitada independentemente de o Estado reconhecer no direito posto. Não existe um consenso conceitual, pela plasticidade da sua utilização no âmbito jurídico.

Elevada ao nível de fundamento constitucional serve de critério para fundamentar decisões judiciais, diante de casos que não exista na ordem jurídica norma a ser aplicada ao caso.

5.1 O CONTEÚDO JURÍDICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O foco aqui se refere ao estudo da dignidade da pessoa humana como categoria de princípio jurídico de integração, que pode ser aplicado como meio para servir de fundamentação em sentença judicial que conceda à apenada o direito de cuidar do filho lactente em ambiente extra penitenciária.

A intenção não é exaurir todas as concepções teóricas da dignidade humana, mas apenas discutir que, como inexistente norma que permita à apenada dar assistência ao filho em prisão domiciliar, por exemplo, no caso concreto, se a mãe interessada requerer judicialmente e o pedido for deferido, o juiz poderá fundamentar a decisão, invocando a dignidade da pessoa humana como critério de aplicação do direito, na resolução de um caso difícil, como esse que se vem apresentado.

Nos últimos anos vários especialistas têm desenvolvido seus trabalhos jurídicos sobre a dignidade da pessoa humana. Conceituá-la, porém, não tem sido uma tarefa muito fácil pela amplitude de sua utilização. São inúmeros os documentos internacionais, as Constituições, as leis e as decisões que mencionam a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico informador do ordenamento jurídico, seja pátrio, ou alienígena.

O estudo acerca da dignidade da pessoa humana como instrumento relevante na interpretação dos casos difíceis, para melhor aplicação do direito é uma matéria significativamente sedutora, todavia, não muito fácil de abordar-se porque muitos a aplicam

cada um a seu modo, não se olvidando que, às vezes, num mesmo caso, as partes antagônicas a invocam na disputa pela prevalência do interesse individual.

Por meio deste estudo procura-se dar uma aplicação à dignidade da pessoa humana apta a servir de aplicação concreta, sem que esse princípio não fique com uma compreensão vaga, para que se veja, no caso concreto, como se pode legitimá-la, para solução das situações complexas, possibilitando um raciocínio jurídico racional, quando necessárias nas decisões processuais.

A dignidade da pessoa humana tem estreita relação com o direito natural, o direito à vida, ligada à ideia de que o homem já nasce com dignidade, pela gênese da crença judaico-cristã de se ter Deus presente no homem, deste ter sido criado à imagem e semelhança de Deus.

“A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus”. (BARROSO, 2010, p. 4).

A expressão dignidade da pessoa humana, sem titubear, tem expressa relação com o ser humano. Mas enquanto o termo homem significa a espécie, a pessoa indica a singularidade, que pode ser individualizada. Bartozo (2010, p. 42), introduz que:

Não se emprega o nome de [...] pessoa como se emprega o de homem, nome comum a todos os homens. Emprega-se apenas para designar um homem concreto, como Abraão, Isaac ou Jacó, ou qualquer pessoa que se poderia indicar com o dedo.

As diversas formulações sobre o tema da dignidade da pessoa humana não são abordadas sem se mencionar as bases teóricas de Kant sobre esse assunto. É tarefa obrigatória mencionar as concepções filosóficas kantianas acerca do significado da dignidade da pessoa humana. A dignidade, na concepção kantiana, tem por fundamento a autonomia.

As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia. (KANT, 2004, *apud* BARROSO, 2010, p. 17-18).

Fazendo apontamentos antropológicos, na abrangência da dimensão humana, Sarlet (2002, p. 22) traz à baila a seguinte visão:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica.

Essas explicações se referem ao fato de o ser humano ser identificado como tal se dá porque tem dignidade. Dizer que a dignidade é própria do ser humano faz alusão de que a pessoa tem fôlego, tem vida, não é inerte, não é inanimado, não é objeto, não pode ser comercializado, nem submetido a qualquer outro ato que despreze a condição humana.

Falar em dignidade reporta à ideia de não desqualificar o ser humano, de respeitá-lo. A doutrina sustenta que “[...] as várias tentativas de conceituação de dignidade da pessoa humana se valem, sobretudo, da etimologia do termo *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima ou nobreza”. (BARACHO, 2006, p. 105).

Com a sua inclusão no ordenamento jurídico, prescrita em Constituições, em leis, em tratados, dentre outros documentos internacionais, a dignidade da pessoa humana passou a ser protegida, positivada, escrita, de modo a ser elevada a categoria jurídica, fora recepcionada pelo direito, passando a ter força jurídica e argumentativa, em decisões importantes.

Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos casos difíceis, para os quais não há solução pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana. Portanto, antes mesmo de ingressar no universo jurídico, positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência, a dignidade já desempenhava papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico capaz de influenciar o processo interpretativo. (BARROSO, 2010, p. 10-11).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos introduziu a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico internacional, servindo de suporte jurídico para a positivação de outros textos normativos. O artigo I dispõe que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Sarlet menciona um conceito jurídico de dignidade humana quando esta passa a integrar o sistema jurídico, sendo prescrita na Constituição, como preceito jurídico de observância compulsória contra a invasão injusta do Estado na esfera individual das pessoas:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

No esteio de que é vedada a coisificação das pessoas, que a dignidade humana não pode ser vista como um fundamento jurídico meramente retórico, porque traça as bases do sistema constitucional, do qual se previu uma gama de direitos e garantias fundamentais, que

protegem as pessoas do despotismo estatal, Barroso (2010, p. 24) apresenta que a dignidade da pessoa humana ingressa no sistema constitucional, como direito individual, tendo como vertente:

No plano dos *direitos individuais*, a dignidade se manifesta, sobretudo, como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso que também estejam presentes, todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha [...].

Mesmo a criança não tendo autodeterminação para dizer o que prefere, qual a sua opinião sobre ter que conviver com a mãe na penitenciária, nem de longe se poderia cogitar que se desse a este ser tratamento diferenciado quanto à sua dignidade, alegando-se que o lactente não sabe expressar suas escolhas individuais. Nesse acerto o Estado não pode atuar como enfraquecedor dos direitos fundamentais da criança em nome das razões punitivas contra a mãe.

A dignidade da pessoa humana se reveste de amplo campo de abrangência. Não tem conceito singular. Pode servir de balanceamento nas mais diversas situações. Para muitos ela apresenta uma ideia vaga, não sendo possível sua aplicação em todos os casos.

Outros, entretanto, defendem a fixação de um conceito mínimo, a fim de aplica-la ao caso real, principalmente na ponderação de escolhas entre direitos fundamentais, quando necessário dizer, por exemplo, que à vista dos elementos concretos do caso real, permita-se afirmar que ela incide diretamente como mandamento jurídico constitucional, na solução de conflitos, como se aponta nesse estudo, pois de um lado, tem-se o direito à liberdade da criança, do outro, o dever poder do Estado de impor sanção penal à mãe da criança lactente.

5.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DE INTEGRAÇÃO

Os fatos sociais são mutáveis. Quando têm repercussão no mundo jurídico diz-se que são fatos jurídicos porque são afetos ao direito, embora nem sempre todas as situações fáticas são abarcadas pela legislação, em virtude da dinâmica social.

Diante de um caso concreto, que tenha repercussão jurídica, inexistindo previsão legal para a solução do problema, cabe ao aplicador do direito fazer a integração do problema ao direito, valendo-se de outras fontes, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Primeiro, cumpre assinalar que a finalidade desse tópico não é aprofundar o estudo sobre aplicação da norma jurídica. Serão traçadas apenas algumas considerações gerais sobre o que é integração e como se utilizar, v.g., de um princípio jurídico para fundamentar uma decisão judicial em razão da inexistência de uma norma disposta sobre a celeuma.

Na conclusão de França (1988, p. 59) integração é sinônimo de aplicação, “com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o interprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a *integrar-se* na realidade dos fatos sócio-jurídicos”.

Maximiliano (2007, p. 14) traduz que aplicação e integração apontam para um mesmo sentido, “consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”.

Diante de um caso real, tendo-se estabelecido uma norma que a ela incide um problema na sua correta aplicação, ou inexistindo norma que disponha sobre a solução do problema, algumas etapas são observadas:

Primeira:

Concerne ao *conhecimento da hermenêutica*, isto é, do conjunto de regras que norteiam a arte de averiguar o direito contido nas leis e nas demais formas de que o mesmo reveste.

Segunda:

Respeita à utilização dessas regras com referência ao conhecimento da norma que se tenha em vista, fase esta da mera *interpretação do direito*.

Terceira:

É a fase final e propriamente dita da *integração* dos resultados do trabalho interpretativo, *no caso concreto*, com o fito de lhe dar a melhor solução jurídica. (FRANÇA, 1988, p. 56).

O problema em exame, não oferece muita dificuldade porque o assunto tem previsão constitucional, cujo texto dispõe que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Até aqui, como as considerações têm apontado que a criança que convive com a mãe apenada, em ambiente prisional, está cumprindo prisão por tabela, cujo ato estatal é inconstitucional porque é uma flagrante violação à intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal, dúvidas não pairam que é lícito se requerer prestação jurisdicional para que a criança receba os cuidados maternos, durante o período de amamentação, em local diverso da penitenciária, a exemplo da prisão domiciliar, que será mais adiante elucidada.

A intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal é um direito fundamental. Neste caso, é um direito em defesa contra a ação estatal, tendo a mãe apenada, competência para questionar judicialmente essa violação.

Essa tese é defendida tendo em vista que, na perspectiva da interpretação do texto, apontou-se para que a criança não seja levada para a penitenciária com a mãe, pois estaria cumprindo prisão por tabela, e por inexistir previsão legal no direito posto, sobre o direito de

a criança lactente, filho de apenada em regime fechado, ser cuidada pela mãe, em ambiente distinto do estabelecimento penal, avulta-se que, num pedido judicial, julgado procedente, o juiz poderá fundamentar a decisão, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento jurídico para influenciar a interpretação do caso em apreço.

A par da função ordenadora dos princípios jurídicos na interpretação, para servir de fundamento de integração na aplicação do direito, Miranda (2000, p. 230) faz o seguinte comentário:

A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislado constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente.

Mantendo posição que se coaduna com a tese sustentada pelo retro autor português, acerca do papel interpretativo e integrativo dos princípios, Barbosa (2003, p. 62) continua com o debate aduzindo que:

Reportando-nos ao comentário do autor lusitano, percebemos que os princípios funcionam como vetor contributivo ao esclarecimento do documento Maior. Suas observações mostram o poder de que dispõem os princípios na revolução interpretativa, isto em face de uma elasticidade que os mesmo carregam. Por outro lado, apresentam preceitos (normas constitucionais, em sentido estrito) que possuem amplitude limitada, pois os mesmo encontram-se mais vinculados à hermenêutica gramatical.

Em passagem teórica que se busca contribuir com o estudo acerca da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, para que se eleja a melhor forma de aplicação da norma no caso concreto, o constitucionalista Titular da UERJ esclarece o campo de abrangência daquele princípio na interpretação:

A eficácia *interpretativa* dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. (BARROSO, 2011, p. 13).

Com maestria, são apontados os argumentos do iminente constitucionalista sobre o aspecto da dignidade humana como elemento interpretativo em casos de colidências de interesses:

É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas. (BARROSO, 2011, p. 14-15).

Todos os autores comungam que os princípios têm um papel relevante na interpretação do texto legal ou constitucional para uma melhor aplicação da norma jurídica. Diante do caso particular o interprete abstrai do texto o que está sendo revelado, e diz como deve ser aplicada a legislação.

Partindo dessas reflexões doutrinárias passa-se a avaliar o conteúdo da dignidade da pessoa humana como princípio de integração, quando invocada em face de lesão a direito constitucional, a exemplo da temática em estudo.

Como se vislumbra singelamente, os interesses envolvidos são tutelados por valores distintos que apontam para soluções contraditórias. O Estado tem uma ação unidirecional que é permitir que a criança seja conduzida com a mãe para a penitenciária ou lá permaneça se nascer posteriormente à prisão, não atentando para uma solução que descarta essa prática.

Com o objetivo de aventar esse problema na execução penal, passa-se a tentar mostrar que o Estado pode atuar não só dessa forma, inclusive inconstitucional, descartando outras normas constitucionais, aplicando as normas sem raciocínio constitucional, mas deve lidar com o problema em atenção aos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, que pode ser potencialmente aplicada, de modo a ter valor de princípio de integração, quando entram em rota de colisão o *jus puniendi* e o direito à liberdade da criança.

O Estado não deve apenas reconhecer a dignidade da pessoa humana, mas concedê-la porque ela prevalece como condição intrínseca do ser humano.

Na apresentação da dignidade humana como “parâmetro para solução de casos difíceis com o efeito de fio condutor das decisões”, Barroso (2011, p. 33-39) faz as seguintes explicações:

A utilização dos conteúdos mínimos da dignidade – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete. Mas pode ajudar a estruturar o raciocínio e a dar-lhe maior transparência, sobretudo em disputas judiciais envolvendo colisões de direitos ou desacordos morais. A explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvidos na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa coíbem o voluntarismo e permitem um maior controle do raciocínio lógico desenvolvido pelo autor da decisão, inclusive para verificar se seus argumentos são laicos, politicamente neutros e universalizáveis. [...] ela contribui para estruturar o itinerário argumentativo na solução de casos difíceis, permitindo que se identifique cada um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade. Isso poderá dar maior transparência ao processo decisório, possibilitando um controle social mais eficiente.

É inegável o valor normativo da dignidade da pessoa humana. Como princípio de integração possibilita fundamentação exclusivamente constitucional, para justificar o porquê da decisão. A escolha desse princípio deve ser feita com base em critérios de ponderação, diante de casos difíceis que necessitam de arrazoamento na aplicação da norma.

5.3 O DEVER DO ESTADO NA APLICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, conforme enuncia o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Isso implica que eles vinculam o poder público e as entidades privadas. Mesmo a Lei Fundamental não sendo expressa quanto à vinculação, impõe aos poderes públicos o dever de observância obrigatória daqueles direitos. Eles devem ser aplicados com a maior eficácia possível.

Acerca da amplitude da vinculação dos poderes públicos e entidades privadas às normas definidoras de direitos fundamentais, Sarlet (2001, p. 326-327) faz breve considerações:

Ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual – como assevera Canotilho – inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais.

À vista do exposto, toda e qualquer atuação estatal deve observância aos direitos fundamentais, respeitando e se abstendo de ingerências que minimizem toda a esfera protetiva das normas fundamentais. Desse efeito vinculante, decorre, em sentido negativo, de não agir, que os poderes públicos não podem agir discricionariamente em detrimento de direitos fundamentais. Ao contrário, os poderes, por meio da legislação infraconstitucional têm a obrigação de dar a plena realização de todos os direitos fundamentais.

Neste contexto, cumpre referir que, pelo significado jurídico da intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal, o Estado está vinculado, pois é norma de eficácia plena, de aplicação imediata, independentemente de lei infraconstitucional determinar que deva ser cumprida.

Para avaliar com mais exatidão o núcleo da questão em apreço neste estudo, como inexistente justificativa em direito fundamental para a criança ser conduzida com a mãe para a penitenciária, é por esse motivo que se aventa o dever do Estado em rever esse ato inconstitucional.

Como o Poder Legislativo infraconstitucional deixou de reconhecer o valor intangível dos direitos fundamentais, editando, em parte, medidas inconstitucionais, como a

possibilidade de a criança ser assistida pela mãe em ambiente de confinamento, implica dizer que a ação do Estado não foi extraída exclusivamente da Constituição, posto flagrante aviltamento à dignidade da pessoa humana, cerceamento ao direito de locomoção e imposição de cumprimento de prisão por tabela.

De pronto, verifica-se um *hard case*. Pela não observância dos postulados constitucionais é forçoso tentar resolver essa celeuma estabelecendo uma alternativa, como a possibilidade da criança ser assistida pela mãe em ambiente extra penitenciária, para que não se submeta à sujeição estatal imposta à mãe. É uma alternativa não exauriente, pela complexidade do assunto.

5.4 PRISÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETÔNICO

Pode-se sufragar o direito de a mãe lactante cumprir a pena em regime domiciliar, sob monitoramento eletrônico, porque ao Estado incumbe o dever de atuar nos limites da Constituição Federal, a qual prescreve a intransmissibilidade da pena, e assegura o direito à liberdade plena, via de regra. A esses direitos correspondem um não agir, uma proibição, dirigida ao Estado, de não atuar fora do lastro constitucional.

Algumas considerações finais sobre esse debate não são imunes às críticas. Reconhece-se que é um estudo de riscos, quiçá ousado, contudo não desmerecedor de atenção. Foi privilegiado para aventar uma realidade. Não se prescreve, neste momento, o uso de um remédio que corrija, de imediato, essa situação, porque pode ser mais aprofundada sob os diversos campos do saber.

Trata-se de um grande problema jurídico social que carece de cuidado especial porque o Estado tem o dever poder de aplicar uma sanção penal à mãe apenada, entretanto, qual o suporte jurídico que permite fundamentar uma alternativa para esse problema, sem suprimir a liberdade da criança e não se enveredar para a impunidade da mãe?

Em passos curtos é possível caminhar para a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar, de maneira que se vislumbra como uma alternativa ponderada. Ainda que pareça uma medida drástica, cujo fenômeno causa estranheza, com posições divergentes, contudo a sugestão não é tão vertiginosa porque existe previsão legal para cumprimento de pena em regime domiciliar e monitoramento eletrônico.

Visualizada nesse ambiente temático, a Lei de Execução Penal nº. 7.210 de 1984 prescreve várias possibilidades de se conceder ao apenado o recolhimento domiciliar:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

[...]

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

[...]

IV - determinar a prisão domiciliar.

Nesse ponto é oportuno tecer alguns comentários acerca do caráter geral da prisão domiciliar e do monitoramento eletrônico.

Quanto ao cumprimento da reprimenda em regime domiciliar, como medida substitutiva ao encarceramento, Claus Roxin (1998, p. 453-454) analisa essa ideia aduzindo que:

Pode-se imaginar a prisão domiciliar como a nova pena, atenuada frente a privação da liberdade, cujo controle não será nenhum problema graças aos modernos sistemas eletrônicos de controle. Esta sanção tem a vantagem de não custar nada, de não trazer consigo nenhum perigo de contaminação criminal e de dar forma mais humana à privação da liberdade, de qualquer forma, é sentida como grave.

A implantação dessa medida não desconsidera a condição de apenado da pessoa. Não se trata de regime de cumprimento de pena, mas de alternância do lugar para cumprir a reprimenda.

Atinente ao monitoramento eletrônico para as pessoas que passarão a cumprir pena em regime domiciliar, as discussões são as seguintes:

O sistema consiste da implantação no corpo do apenado de uma tornozeleira ou bracelete com dispositivo eletrônico que possibilita o monitoramento por satélite, via GPS (Global Position System), possibilitando identificar sua localização em qualquer lugar do planeta, caso ainda esteja com o equipamento instalado em seu corpo.

[...]

Em sede de análise perfunctória sobre a novidade, cabe afirmar que um sistema de monitoramento de presos via satélite, oferece inúmeras vantagens a partir do momento em que se tem em vista garantir a segurança da sociedade, a efetiva aplicação da lei penal e redução da densidade demográfica carcerária, contudo, sem ferir direitos constitucionais individuais do cidadão, como, por exemplo, o da intimidade e o da dignidade da pessoa humana. (SOUSA, 2010).

Pela exegese apresentada, trata-se, na verdade, de substituição do local de cumprimento de pena da mãe quando do período de amamentação, cuja medida deve ser excepcional. O caso não é fácil, porque envolve um conflito entre direitos fundamentais, sem que exista um suporte legal no ordenamento jurídico que forneça, em tese, uma solução

pronta. No entanto, uma alternativa constitucionalmente adequada pode ser escolhida. Se o juiz reconhecer o conflito e julgar acolhendo a medida requerida pela mãe, como sendo a melhor que se aproxima do direito fundamental à liberdade da criança, formulará suas ponderações com base na dignidade da pessoa humana, matéria amplamente apreciada nos tópicos anteriores.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, na forma como vigem no ordenamento jurídico, representam a consecução do Estado Democrático de Direito. A positivação desses direitos na Constituição Federal deu-se em processo lento, com fito de coibir o despotismo estatal.

Apresentam duplo aspecto: de um lado eles visam proteger a pessoa de ações arbitrárias; por outro exigem um atuar do Estado na reivindicação de políticas públicas que preservem as condições mínimas existenciais.

O sistema constitucional da liberdade neste estudo limita-se à liberdade de locomoção e circulação, asseguradas pela Constituição Federal como matéria que independe de legislação dispendo que as pessoas têm direito de serem livres.

Algumas normas de direitos fundamentais têm eficácia plena, a exemplo da intransmissibilidade dos efeitos da condenação penal, pois independe de lei infraconstitucional para regulamentar a aplicação da norma.

A identificação da flagrante inconstitucionalidade de que o filho lactente de apenas cumpre prisão por tabela restou claramente demonstrada, considerando a intransmissibilidade dos efeitos da condenação.

Evidenciou-se que, independentemente do Estado dispor de completa assistência material, a criança não pode ter o direito de liberdade cerceado porque à mãe foi imposta uma condenação penal.

A Constituição Federal prescreve que o Estado deve propiciar meios para as presidiárias permanecerem com seus filhos, não induzindo, contudo, que estes devem ser conduzidos à prisão com a mãe.

Os princípios jurídicos são parte estruturante da norma, mas se distinguem de regra e norma. Estas são abstratas, aqueles dependem do caso real para sua aplicação. Os princípios são invocados como critérios informadores nas decisões judiciais, visando integrar um fato que não exista no direito posto uma norma dispendo sobre como solucionar o caso.

Analisou-se que a dignidade da pessoa humana é princípio jurídico de integração, de relevante suporte argumentativo a servir de ferramenta valiosa na decisão judicial, na busca da melhor interpretação jurídica e da realização mais adequada da justiça, precisamente para equacionar a questão a consentir à criança lactente o direito de ser cuidada pela mãe apenas distante dos efeitos deletérios do cárcere, para contemplar à criança a eficácia plena do direito à liberdade.

A partir das ideias de se estabelecer alternativas penais para a solução da problemática em questão, vislumbrou-se a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, para preservar o direito à liberdade da criança, a fim de que esta possa se desenvolver no seio social.

A prisão domiciliar como alternativa para a mãe não perde seu caráter punitivo, eis que o Estado poderá impor um grau de severidade na fiscalização da apenada que reflita significativamente à censura atribuída-lhe.

Aspira-se que as reflexões apontadas possam contribuir para uma fecunda discussão entre os doutos versados nas ciências jurídicas, sobre o valor do ser humano, da necessidade de se preservar a Constituição Federal, bem como encontrar, com fulcro na dignidade da pessoa humana, uma medida viável a contemplar a eficácia do direito à liberdade da criança lactente que permanece com a mãe em regime fechado, submetendo-se aos efeitos da condenação penal.

Espera-se, por fim, que esta pesquisa sirva de norte para que os estudiosos do direito desenvolvam um estudo mais consistente sobre o tema proposto, de modo a corrigir, parcialmente, a inconstitucionalidade da Lei de Execução Penal, que prescreve um fazer do Estado completamente desarmônico com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed., ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006.

BARBOSA, Eivaldo Moreira. **Direito constitucional: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo: Madras, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 05 out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. V. 5, n. 19. Interesse Público: Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/32895>>. Acesso em 17 nov. 2012.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana, in: Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critério interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

_____ **O direito à paz.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0312200609.htm>>. Acesso em 06 jan. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2008.

_____ Lei nº. 7.210, de 1984: Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.

_____ Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990: **Promulga a Convenção sobre os direitos da criança.** **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.

_____ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.

_____ **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____ **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

_____ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed., Coimbra: Almedina, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26 ed., rev., e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANÇA, Rui Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição. (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

MARQUES, Sebastião Fabiano Pinto. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais a luz de José Afonso da Silva**. Trabalho de complementação de carga horária (Curso de Direito) – IPTAN, Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. São João del-Rei, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAYO, Célia de Souza. (Organizadora). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo II**. 4 ed., ver. e atual., Coimbra: Coimbra editora, 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira; SAVEDRA, Mônica Maria Guimarães. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NUNES, Anelise Coelho. **A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

RABENHORSTO, Eduardo Ramalho. **O valor da pessoa humana e o valor da natureza, in: dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos.** São Paulo: Malheiros, 2010.

ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal.** Lima/Peru: Moreno, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed., ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16 ed. rev., e atualizada. Malheiros, 1999.

SIRQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em 08 nov. 2012.

SOUSA, Sandro de Oliveira. **Tornozeleira eletrônica - considerações sobre a Lei 12.258/2010.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5227>. Acesso em: 23 fev. 2013

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.** Disponível em: <http://btd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_arquivos/44/TDE-2006-11-30T203726Z-510/Publico/VALEAndreRufinodo.pdf>. Acesso em 13 dez. 2012.

VIGO, Rodolf L. **Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial.** EdicionesDelpalma: Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte General.** Buenos Aires: Editar, 1996.

ANEXOS