

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA MESTRADO EM DIREITO**

HÉLBERTT PAULO LEME DOS SANTOS

**APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL**

MARÍLIA
2012

HÉLBERTT PAULO LEME DOS SANTOS

APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria Geral do Direito e do Estado).

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA
2012

Santos, HÉlbertt Paulo Leme dos

Aplicação da pena privativa de liberdade e o ativismo judicial / HÉlbertt Paulo Leme dos Santos; orientador: Jairo José Gênova. Marília, SP: [s.n.], 2012.

108 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Pena Privativa de Liberdade 2. Poder Judiciário 3. Ativismo Judicial.

CDD: 341.54

HÉLBERTT PAULO LEME DOS SANTOS

APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, _____ de _____ de 2012.

*Dedico esta pesquisa às pessoas mais próximas a mim:
Simone e Daniel. Tudo, sempre, é pensando em nós.*

AGRADECIMENTOS

*Agradeço a você **Geny, minha mãe** e a você **Aparecido, meu pai**, (in memória),
meus primeiros mestres.*

*Meus irmãos **Helthon, Hélcio, Hélder, Helyeth e Helynthon**, maiores ligações que tenho com meu
passado, meus primeiros colegas na escola da vida.*

***José, Enide, Márcio, Cristiane, Amanda e Fabiana**, por sempre comemorarem minhas vitórias e me
ampararem em minhas lutas.*

*Ao **Eduardo**, à **Daniela** e à **Daniele**, mais que chefes, amigos que entenderam minhas necessidades e
me auxiliaram e dispensaram na medida do possível.*

*Ao Professor **Jairo**, pelo carinho e profissionalismo. Verdadeiramente me orientou e me fez ver várias
coisas por novas perspectivas.*

*À **Leninha, Taciana e Luizete**, pela força e carinho.*

*Aos meus **amigos e irmãos em Cristo**, meu alento nas lutas e companheiros nas alegrias.*

*Por último, mas acima de tudo e de todos, ao **meu Deus e Pai**,
a quem atribuo tudo que tenho e sou.*

*A todos, muito obrigado! Creio que este trabalho materializa muito do que estas pessoas fizeram por
mim.*

*“Então os justos lhe responderão: Quando te vimos preso e fomos te visitar?
O Rei responderá: Digo-lhes a verdade:
O que vocês fizeram a algum dos meus menores irmãos, a mim o fizeram”.*

Jesus Cristo.

SANTOS, HÉLBERTT PAULO LEME DOS. **Aplicação da pena privativa de liberdade e o ativismo judicial**. 2012. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a fundamentação jurídica da segregação social efetivada por meio da pena privativa de liberdade em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, por meio de revisão bibliográfica, procura respostas à aparente contradição existente entre a pena privativa de liberdade em face ao direito à liberdade do cidadão, uma vez que ambas estão previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que se destina a elencar direitos e garantias fundamentais do cidadão. Além disso, objetiva levantar algumas questões a respeito da finalidade da pena privativa de liberdade no Brasil, analisando as características do país em sua nova ordem jurídica instalada a partir de 1988. Por fim, intenta analisar a tripartição dos poderes na Constituição Federal, bem como o novo papel que o Poder Judiciário brasileiro possui na atualidade e na condição de Estado Democrático de Direito, papel este que não pode mais resumir-se à mera subsunção do fato à norma. A norma deve ser estudada pelo Judiciário para conhecer de sua constitucionalidade, bem como se coopera para a construção do Estado que se deseja, sendo que esta análise deve ser feita também em relação à pena privativa de liberdade.

Palavras-chaves: Pena Privativa de Liberdade; Poder Judiciário; Ativismo Judicial.

SANTOS, HÉLBERTT PAULO LEME DOS. **Application of deprivation of liberty and judicial activism**. 2012. 109 f. Dissertation (Master of Law) - University Center Eurípides de Marília, Education Foundation “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

This work aims to analyze the legal reasoning of social segregation effected through the deprivation of liberty in a democratic state. Thus, through a literature review to answer the apparent contradiction between the deprivation of liberty in the face of the right to freedom of the citizen, since both are provided for in Article 5 of the Federal Constitution of 1988 intended to list rights and guarantees of citizens. Furthermore, it aims to bring some questions about the purpose of the custodial sentence in Brazil, analyzing the characteristics of the country in the new law installed since 1988. Finally, attempts to analyze the tripartite division of powers in the Constitution and the new role that the Brazilian courts today and has provided a democratic state, a role that can not be summed up to the mere fact of the subsumption norm. The standard should be studied by the judiciary to take cognizance of its constitutionality, as well as cooperation for the construction of the state desired, and This analysis should also be made in the relation to deprivation of liberty.

Keywords: Deprivation of liberty, Judicial Power; Judicial Activism

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: SIGNIFICADOS, OPORTUNIDADE DE APLICAÇÃO E FINALIDADES.....	15
1.1 Considerações preliminares.....	15
1.2 Significados da pena privativa de liberdade.....	18
1.2.1 Justa retribuição.....	19
1.2.2 Vingança.....	20
1.2.3 Manifestação do poder do Estado.....	22
1.3 Oportunidade de aplicação da pena privativa de liberdade.....	26
1.4 Finalidades da pena privativa de liberdade.....	27
1.4.1 Ressocialização do indivíduo.....	29
1.4.2 Contenção da prática de novos crimes.....	32
1.4.3 Reafirmar os valores éticos-jurídicos da comunidade.....	32
CAPÍTULO 2 – DEMOCRACIA E PRISÃO: A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL.....	34
2.1 Prisão e a Democracia brasileira após 1988.....	34
2.1.1 Brasil, Estado Democrático de Direito.....	35
2.1.2 Garantismo penal e constitucionalismo aplicado ao direito penal.....	38
2.1.3 A finalidade da pena privativa de liberdade no Estado brasileiro.....	41
2.2 A pena privativa de liberdade e o princípio da fraternidade.....	46
2.3 Conflito entre direitos e garantias fundamentais: liberdade e prisão.....	53
2.3.1 A liberdade do cidadão e os direitos e garantias fundamentais.....	54
2.3.2 A privação da liberdade como garantia fundamental.....	58
2.3.3 A liberdade do cidadão e a segregação social.....	61
2.3.4 Conflitos entre direitos e garantias fundamentais.....	63
CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL REVELADOR E A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	66
3.1. Considerações preliminares.....	66
3.2 Origem e formação do Estado e sua relação com o direito.....	70
3.3 Tripartição do poder e a pena privativa de liberdade.....	71
3.4 Princípio da legalidade.....	74
3.4.1 Legalidade formal e legalidade material.....	75
3.5 Ativismo judicial e a pena privativa de liberdade.....	81
3.5.1 Judiciário e a atual ordem penal constitucional.....	84
3.6 Hipóteses de aplicação do ativismo judicial relacionado ao direito penal.....	89
3.6.1 Multa alternativa e transação penal.....	89
3.6.2 Nova maneira de se definir delitos de menor potencial ofensivo.....	91
3.6.3 Imposição de penas alternativas em casos de tráfico de drogas.....	92
3.6.4 Individualização da pena na fase judicial executiva.....	94
3.6.5 Princípio da bagatela.....	95
3.7 Sistema de freios e contrapesos e o ativismo judicial.....	96

CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

É fato que o homem é um ser essencialmente gregário. Une-se, desde os primórdios com seus iguais, visando a uma série de objetivos em comum. Nascem assim, em noções gerais, as sociedades.

Entretanto, o mesmo homem que busca aproximar-se de seus semelhantes, demonstra, desde o passado mais remoto, grande dificuldade em se relacionar de maneira harmoniosa e pacífica com aqueles a quem chama irmãos.

Vivendo em sociedade, essa dificuldade de relacionamento se manifesta contra diversos bens da vida com intensidade variada, irradiando em cada área do relacionamento humano condutas divergentes daquilo que cada sociedade, em momentos específicos, convencionou chamar de correto, adequado ou direito. Nasce, então, no âmbito da família, a rebeldia; da religião, o pecado; da ética, o indecoro; da administração, a infração administrativa; da vida civil, o ilícito civil e no âmbito penal, o crime, que de todas as condutas citadas, é a mais perniciosa para o seio social.

Nota-se que nem todas as condutas que agredem os bens da vida são crimes. Melhor dizendo, na maioria das vezes tais condutas devem ser protegidas por outros instrumentos de pacificação social. Temos, então, o caráter fragmentário do Direito Penal, e somente devem ser chamadas de criminosas as condutas que violem bens jurídicos relevantes de forma grave.

Se com a sociedade nasce o crime, no momento mesmo em que esse ocorre, nasce para o Estado o *jus puniendi*, gerando um conflito de interesses. De um lado, encontra-se o Estado com a pretensão punitiva; do outro, o cidadão resistindo à pretensão estatal, tendo em vista seu direito à liberdade. Para a solução desse conflito descrito, existe o Direito Processual Penal, que vem a ser o ramo do Direito que objetiva, por meio da aplicação do Direito Penal, dirimir esse conflito de interesses, observando-se uma série de princípios e normas processuais e constitucionais.

Nesse diapasão, não pode o Estado, no exercício do *jus puniendi*, utilizar-se de quaisquer regras. Ou então, inventar regras novas desrespeitando o direito constitucional do cidadão de se defender. Ainda, não pode valer-se de regra nenhuma. E por fim, também não pode deixar de exercer a persecução penal. Deve o Estado atentar para as regras processuais e – principalmente – constitucionais para submeter o cidadão a uma pena.

O Estado, para chegar à efetivação de sua pretensão punitiva, pode e deve se valer de meios legítimos para investigar a prática do delito e chegar até o cabal esclarecimento sobre sua autoria e materialidade, e é por isso que há anos existem as técnicas de investigação

policial. Do mesmo modo, na fase judicial, o Estado deve observar uma série de regras constitucionais que regulam o processo para que a acusação se dê de forma que garanta a ampla defesa do acusado.

Porém, se o Estado deve observar regras, princípios e direitos para inovar nas suas técnicas de investigação, processamento e execução, a criminalidade não. Como dito, o crime nasce no seio da sociedade e esta é mutante. A criminalidade segue a mesma regra e evolui com rapidez, pois o crime não está adstrito a burocracias, nem precisa de quorum para aprovar uma nova prática.

O Estado tem o direito de punir sempre visando ao bem comum, protegendo a sociedade das ações daqueles que violam de forma grave bens juridicamente tutelados. Há, portanto, uma verdadeira guerra declarada do Estado contra a criminalidade. Infelizmente, o Estado está ficando para trás nessa disputa e a arma mais utilizada para se combater a criminalidade, a qual, como dita, cresce diuturnamente, é o Direito Penal e dentro deste, a privação da liberdade.

Diante desse panorama, as questões que se impõem são: a estratégia vem surtindo o efeito almejado? A pena privativa de liberdade é eficiente? Como a privação da liberdade deve se manifestar no Estado Democrático de Direito, e qual deve ser sua finalidade?

A pena privativa de liberdade é tema urgente para o Brasil tendo em vista não estar esgotado, uma vez que o problema não está solucionado. Dessa forma, importante remexer no que já foi escrito, comparar com o que se tem na prática, confrontar com a doutrina constitucionalista para em seguida ver o que e como se pode melhorar.

O problema deve ser constantemente lembrado e debatido, pois todo e qualquer problema que se pretenda resolver no Brasil deve ser feito com paciência, atenção e estudo profundo, tendo em vista ser tudo nesse país complexo e macro: saúde, educação, saneamento básico, economia, trabalho informal e a pena privativa de liberdade. Assim, tudo que se escreve a respeito de pena privativa de liberdade não pode ter outra pretensão a não ser contribuir para o debate e lembrar que a democracia brasileira é recente e suas instituições engatinham.

Não tem o presente trabalho o objetivo de defender o abolicionismo, pois se entende a privação da liberdade como um instrumento legítimo conferido ao Estado para o combate à criminalidade. Por meio de revisão bibliográfica, o trabalho, em um primeiro momento, analisará a pena privativa de liberdade sob a luz de diversos princípios, conceituando-a, buscando ainda extrair quais são seus significados, as oportunidades de aplicação dessa reprimenda estatal, bem como suas finalidades.

Em seguida, será estudado o direito penal moderno e sua submissão à constituição, mais precisamente relacionado à privação da liberdade debruçando-se na questão dos conflitos de princípios, tendo em vista que com o encarceramento, contrapõem-se a liberdade do indivíduo e a segurança pública, para se compreender como deve ser a maneira de se impor a privação da liberdade e, de que modo essa privação pode contribuir para o Estado tal qual se almeja.

Por fim, será objeto de análise o papel do Judiciário na busca por uma pena privativa de liberdade ideal para a democracia brasileira, de tal forma que a prisão passe a contribuir de algum modo para os ideais da nação, bem como em ser a segregação social a última opção, tanto do legislador, quanto do julgador.

CAPÍTULO 1 – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: SIGNIFICADOS, OPORTUNIDADE DE APLICAÇÃO E FINALIDADES.

1.1 Considerações preliminares

Pena é sanção, trazendo implícita a ideia de aflição e retribuição. Designa castigo ou suplício (BRUNO, 1967, p. 23). A pena sempre é aflitiva, indesejada, nunca é recebida de bom grado, pois ao ser aplicada, sempre é subtraído do apenado um bem da vida, dentre eles, a liberdade. Mesmo se sabendo culpado, é previsível esperar não ter sobre si a retribuição que é a pena, podendo-se invocar o instinto de preservação inerente ao ser humano para explicar tal comportamento.

O estudo do Direito Penal passa pelas formas de imposição de pena. O estudo dessas, por sua vez, passa pelas fases da vingança privada, vingança divina, vingança pública, chegando à fase humanitária inaugurada por Cesare Bonesanna, conhecido como Marques de Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas* escrita em 1764 (ISHIDA, 2009, p. 4).

No estudo das teorias que procuram justificar as finalidades e funções da pena, observa-se que, apesar dos esforços dos diversos teóricos em períodos distintos, nenhuma delas conseguiu apresentar de forma satisfatória o verdadeiro fundamento de legitimidade e, conseqüentemente o problema da função da pena (ROCHA, 2007, p. 7).

Tal qual o crime, a pena também é indissociável da sociedade (BITENCOURT, 2009, p. 83). A história retrata que todos os povos em todos os tempos tiveram suas punições, variando o rigor e a oportunidade de sua aplicação. A pena, então, é útil para a preservação do Estado e seus valores. No Estado democrático de direito, o principal valor a ser preservado é a dignidade da pessoa humana e qualquer coisa que fira tal dignidade é um erro; logo, para que a pena privativa de liberdade não seja caracterizada ou concebida como erro, ela deve objetivar a preservação da democracia contra ataques e ter em conta a condição do ser humano, respeitando sua dignidade; assim a mesma será um instrumento de preservação do Estado e da construção de valores almejados por esse.

Tomando-se por base a lei brasileira, pena pode ser conceituada como a retribuição previamente prevista em lei, imposta pelo Estado, respeitando-se a dignidade da pessoa humana, aplicada ao autor de um crime ou contravenção penal, após a sentença penal condenatória transitada em julgado, visando reprimir, corrigir, conter a prática de novos crimes e ressocializar o criminoso.

Esse conceito é extraído da análise dos diversos dispositivos contidos na legislação penal positiva, da Constituição Federal de 1988, bem como dos Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dentre as penas, na atual ordem constitucional, a mais grave que pode ser imposta ao cidadão é a privação da liberdade, uma vez que o texto constitucional impede a imposição de penas cruéis, trabalhos forçados e morte, havendo exceção quanto esta última, no caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLXI). O presente trabalho se debruçará de forma mais detida sobre a privação da liberdade.

A doutrina descreve, de um modo geral, que a prisão em seus primórdios era utilizada como medida cautelar para a imposição da pena principal. Dessa forma, o condenado ficava preso por determinado tempo aguardando a pena principal, somente após algum tempo, a prisão passou a ser a própria pena. Carvalho Filho (2002, p. 20-21) descreve bem este período:

O cárcere sempre existiu. Sua finalidade, porém, não era a de hoje. Destinava-se à guarda de escravos e prisioneiros de guerra. Em matéria penal, servia, basicamente, para a custódia de infratores à espera da punição aplicada e do próprio julgamento – para que não fugissem e para que fossem submetidos à tortura, método de produção de prova antes considerado legítimo [...] Os réus não eram condenados especificamente à perda da liberdade por um período determinado de dias, meses ou anos. Eram punidos com morte, suplício, degredo, açoite, amputação de membros, galés, trabalhos forçados, confisco de bens. Para viabilizar a punição imposta, permaneciam presos durante dias, meses ou anos. O encarceramento era um meio, não era o fim da punição.

Exemplo claro desta prática pode ser visto no relato bíblico a respeito da crucificação de Jesus Cristo. Conforme narrado por Marcos, Jesus foi preso durante a noite de um dia, julgado durante a madrugada e pela manhã, por volta das nove horas foi crucificado, permanecendo por cerca de seis horas dependurado, quando morreu em uma sexta-feira, ressuscitando no domingo¹. Observa-se que a prisão foi curta, meramente uma medida cautelar para impedir a fuga e garantir a aplicação da pena principal.

O embrião da pena privativa de liberdade conforme conhecemos nos moldes atuais é encontrado no Direito Canônico, sendo identificada pelos historiadores como sua origem, as celas eclesiásticas no seio da Igreja Católica. Tais celas tinham como finalidade a punição de religiosos que cometiam alguma infração (CARVALHO FILHO, 2002, p. 22).

¹ O Evangelho segundo Marcos traz a narração da prisão, julgamento, crucificação, morte e ressurreição de Jesus Cristo nos capítulos 14, 15 e 16.

Com o passar do tempo, de mera medida cautelar, a prisão tornou-se a principal pena a ser imposta, em detrimento das penas corporais. Incompatíveis com o estágio do direito atual, as penas corporais, pela brutalidade que apresentavam com suas mutilações, marcas de fogo e outras crueldades, deu lugar à prisão, que, inclusive, em face destas penas corporais terríveis, é merecedora de elogios, como os tecidos por Bruno (1967, p. 59) nos seguintes termos:

Afastam-se da bruteza e violência das antigas punições, e a esse aspecto mais humano juntam as condições exigidas pela concepção atual da pena. Guardam o poder intimidativo, pelo qual realizam a função de prevenção geral, e atuam sobre o criminoso, segregando-o, para impedir que cometa novos crimes e para submetê-lo a um regime que promova o seu reajustamento social. Só a pena detentiva permite sujeitar o condenado a um processo de recomposição da personalidade segundo as exigências da vida dentro do Direito. Esta a sua grande vantagem e a razão primordial da ascendência que tomou entre as medidas punitivas.

Porém, o autor conclui este trecho de sua análise sobre a prisão com a seguinte observação: “embora até aqui os resultados não tenham alcançado o que dela se esperava”. Se de um lado a prisão surgiu como a solução para as penas; de outro, tornou-se um verdadeiro problema para todos os países que a adotaram, não sendo o tema novidade e nem problema recente ou exclusivo do Brasil. Mundo afora, a pena privativa de liberdade enfrenta problemas. Este instituto sempre foi conturbado e contraditório. Para Pallamolla (2009, p. 29), a pena privativa de liberdade é um instituto natimorto, pois

[...] quando se fala em falência deste modelo punitivo que elegeu a prisão como principal instrumento de resposta ao delito, não se está referindo a falência recente. As crises da utilização da prisão como pena remontam à época de seu surgimento. Na análise feita por Foucault, percebe-se que no século XIX a prisão como pena alcançou a condição de meio de punição mais usado, sendo aplicada à quase totalidade dos crimes, substituindo duas outras formas anteriormente utilizadas: o suplício e as penas proporcionais aos crimes (fruto da reforma humanista da segunda metade do século XVIII).

Não há como cerrar os olhos e tecer eloquentes elogios à prisão, elevando-a ao posto de medida perfeita. Por outro lado, apesar das críticas estabelecidas, a prisão ainda é necessária em uma sociedade. Contudo, se o Direito Penal deve ser encarado como a última opção do Estado para se combater determinada conduta, uma vez que inicialmente deve valer-se de outros ramos do direito, servindo o Direito Penal somente para o combate de algumas condutas mais graves, observando-se a orientação garantista, que traz sobre o Direito Penal o

manto da intervenção mínima que encontra amparo no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que determina que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias (CAPEZ, 2008, p. 17); do mesmo modo, ao se invocar esse ramo do Direito, a pena privativa de liberdade, dentre todas as penas previstas dentro do Direito Penal, deve ser a última a ser aplicada, tendo em vista ser medida extrema e “posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado e, com a sua marginalização, a própria sociedade sofre um dano.” (ROCHA, 2007, p. 16).

Desde seu surgimento até os moldes atuais, muita coisa mudou. Entretanto, hoje, como deve ser a prisão e quais devem ser suas finalidades? Estas questões serão enfrentadas no segundo capítulo, como ponto de partida, devem ser analisados os significados, a oportunidade de aplicação, bem como as finalidades da pena privativa de liberdade.

1.2 Significados da pena privativa de liberdade

Neste momento cabe analisar os significados que a pena privativa de liberdade possui. Encontrar o significado equivale a discernir a carga simbólica de algo. Mais especificamente referindo-se à pena privativa de liberdade, quando esta é imposta a alguém, o que isto representa para as diversas personagens envolvidas: povo, soberano (no caso brasileiro, o Estado), cidadão infrator?

Existem vários significados, podendo-se encontrar um número enorme deles, tendo em vista que para cada indivíduo a privação da liberdade pode ter um significado específico. Neste trabalho, serão analisados somente três: retribuição, vingança e manifestação do poder estatal. Uma análise mais detida do tema leva à conclusão de que cada um destes significados está intimamente ligado às vertentes das teorias absolutas ou retributivas, ou às teorias relativas, também conhecidas como utilitaristas.

O objetivo não é desenvolver uma teoria para conciliar as teorias, pois, sabe-se que no Brasil, a opção legislativa foi pelas teorias relativas. Entretanto, não se pode desprezar o fato de que na prática, no dia a dia, o infrator e o cidadão leigo não pensam na pena da mesma maneira que os operadores do direito. Assim, embora o mundo acadêmico possa identificar na privação da liberdade, tal qual previsto na legislação brasileira, emanção das teorias utilitaristas; o indivíduo submetido à pena, ou os demais cidadãos, identificam, vez ou outra, aspectos das teorias retributivas.

1.2.1 Justa retribuição

É sabido que ao Estado cabe estabelecer regras em diversas áreas da sociedade objetivando a pacificação e melhor convívio social. No âmbito penal, ocorre o mesmo, surgindo a tutela de bens jurídicos relevantes, os quais são tidos como caros ao seio social.

Tendo-se este breve panorama em mente, uma das possibilidades de se entender o crime é olhando-o sob a ótica do magistério de Hegel, tendo-o como a violação da regra jurídica estabelecida pelo Estado, a qual deve ser respeitada por todos. Ora, se a regra foi estabelecida, deve ser respeitada; se a regra foi violada, a violação deve ser suprimida. Tal supressão se dá por meio da pena. Crime, então, neste contexto, é a negação do direito e a pena é o restabelecimento do direito, ou seja, a negação da negação (MIRABETE, 2009, p. 230).

Pena é retribuição. Retribui-se ao infrator com uma pena prevista no próprio direito violado. Há, neste cenário, confirmação da norma pela pena que harmoniza o ordenamento jurídico, atribuindo-se a cada um o que é seu. Ao infrator a pena. “Por esse motivo a pena não se confunde com indenização, pois esta é reparação de lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida e deste modo garante a manutenção da ordem jurídica”. (MARQUES, 2000, p. 91).

Essa retribuição se justifica para o Estado, uma vez que um bem da vida por ele tutelado foi violado, e essa violação não pode ser admitida, sob pena de se promover a impunidade, equivalente a demonstração de ineficiência. Para a sociedade em geral, retribuir é necessário para afastar a impressão da impunidade, a qual incute a perspectiva de falta de consequência para atos danosos praticados. A pena é retribuição para o infrator, pois este sabe que lhe foi imposta a resposta do Estado contra ato seu anteriormente praticado.

Pena, então, é retribuição jurídica, consequência da violação da norma. Para o mal causado pelo crime, equivale um mal a ser imposto pelo Estado sobre o infrator. Pode-se dizer, nesse diapasão, que a pena é a concretização da justiça, na medida em que se dá a cada um o que lhe é devido por direito.

Este significado, que pode encontrar embasamento filosófico nas doutrinas absolutas ou retributivistas, recebe severa crítica de Ferrajoli (2002, p. 205), pois, segundo o autor, não existe “nexo necessário entre culpa e punição”, sendo este nexo reflexo de antigas crenças em uma ordem mágica, havendo, portanto, a “ideia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada”. Esta crítica do autor é precisa para rechaçar a

justificativa filosófica da pena, contudo, é forçoso reconhecer que hodiernamente, a ideia de que quem “fez deve pagar”, predomina na mente da população, não podendo, portanto deixar de se atribuir à prisão este significado, esta carga simbólica.

Observe-se, por fim, que no Estado Democrático de Direito, não é qualquer retribuição que serve. Não é a retribuição pela retribuição. Esta deve ser proporcional e necessária, motivo pelo qual o pensamento penal garantista postula que, somente em casos de violações graves, a bens jurídicos relevantes é que se deve haver a utilização do Direito Penal. Dentro do Direito Penal, a privação da liberdade deve ser invocada como retribuição somente em último caso.

1.2.2 Vingança

Falou-se em retribuição, que seria em verdade a evolução do sentimento primitivo de vingança, entretanto, mesmo havendo justa retribuição, a pena carrega uma carga de vingança sempre que aplicada, significando desde os tempos mais antigos até a atualidade brasileira, vingança social, não aplicada pelo particular ou pelo grupo, mas pelo Estado detentor desse poder/dever. O direito penal, aliás, enquanto ciência deve buscar meios para que a pena se esvazie de emoção e ódio que é próprio da vingança.

Pena é vingança, pois não há como se negar que ao ser submetido à execução de uma pena, isto traz satisfação ao ofendido, posto que vê seu algoz punido. De outra sorte, em caso da absolvição, tal decisão traz profundo sentimento de desconforto à vítima, que se vê desamparada pelo sistema. É certo que a privação da liberdade não repara, mas produz no cidadão/vítima, sentimento de justiça própria satisfeita.

Ofendido e sociedade clamam por vingança, é fato. No momento em que a pena é aplicada, este desejo de vingança é aplacado. O fato da pena estar prevista na lei, bem como na Constituição e ser cada vez mais humanitária, não tira dela seu significado de vingança. Contudo, para que haja proporcionalidade e, havendo necessidade de não se eliminar o infrator, antes, tentar recuperá-lo, a vingança não pode mais ser privada, devendo o Estado tomar esta responsabilidade para si, caso contrário estaria em risco a própria existência dos Estados. Neste sentido é o magistério de Marques (2000, p. 6):

Pela análise feita até o presente, pode-se perceber não ter sido a racionalidade jurídica ou a busca do equilíbrio entre a ofensa e o castigo a razão dos limites impostos à vingança, pois esta sempre esteve inserida no

sentimento humano e em nenhum momento deixou de integrar as práticas penais, quer no passado, quer no presente. A razão primordial dos limites impostos à vingança foi a própria sobrevivência e preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa.

Para Mirabete (2009, p. 230) não há diferença entre retribuição e vingança, sendo que as distinções pretendidas não tiveram sucesso. Contudo, observe-se, que há diferença tênue entre retribuição e vingança, pois ambos são faces do castigo, entretanto não se confundem. A retribuição é o castigo que passou pelo crivo da lei, por isso se busca que esta seja proporcional. Estuda-se e se modifica o castigo até que ele passe pelo crivo da racionalidade, seja moldado à luz dos princípios constitucionais e se observe o princípio da dignidade humana.

Já a vingança pode ser vista como o castigo almejado pela sociedade, alheia aos ditames estatais. É o desejo de se corresponder uma ofensa com outra. Enfim, é o sentimento popular que almeja uma resposta, causar o mal em resposta ao mal causado. A vingança, se deixada nas mãos da sociedade, é irracional e desproporcional.

Mas a concepção de castigo que permanece até hoje sobre a pena privativa de liberdade deve ser substituída por uma nova concepção no Estado que se designa democrático.

Tem-se a ideia de castigo, posto que ao ser aplicada a privação da liberdade, visa-se tão somente a figura do delinquente, estando este em primeiro plano, em segundo a sociedade. Um castigo para o criminoso, um alento e ao mesmo tempo um alerta para a sociedade. Um alento, pois foi retirado de seu meio alguém que não consegue conviver em sociedade. Um alerta, posto que com a aplicação da pena, ocorre também a prevenção geral.

O foco deve ser outro. O paradigma deve ser alterado. Na democracia, deve-se ter em primeiro plano a sociedade e posteriormente o indivíduo quando o tema é a privação da liberdade. Sempre que um cidadão é privado de sua liberdade, está-se, em verdade, também, privando a sociedade do convívio do cidadão.

Não sendo isso o mais benéfico para a sociedade, a pena privativa de liberdade não deve ser imposta. A partir desse paradigma, tem-se como prioritário não impor um sofrimento², antes, beneficiar a sociedade.

Enquanto se analisa a pena em comento pela perspectiva do infrator, o paradigma castigo permanece em voga, posto que, como já salientado linhas atrás, o ser humano clama

² Basilar Garcia (1975), cita a síntese de Cuello Calón sobre a pena, ou seja, o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração criminal.

por vingança em face de um mal promovido pelo crime. E hoje, o principal castigo legítimo nas mãos do Estado é a privação da liberdade.

Entretanto, analisando a privação da liberdade pela ótica da coletividade, vale dizer, tendo-se em mente o que sua imposição poderá trazer de benéfico ou prejudicial para a sociedade, muda-se o paradigma, e a pena privativa de liberdade deixa de ser castigo e passa a ser instrumento de aperfeiçoamento da sociedade.

Mas prevalece, ainda hoje, que a sociedade, por meio da pena, sente-se vingada. O Estado, sabedor deste desejo de vingança, age, pois sua omissão pode gerar a atuação do particular e o retorno à vingança privada, o que é perigoso. Na ótica do infrator, a pena é vingança, pois sabe que está a ela submetido, tendo em vista mal anteriormente praticado. Pode-se dizer que a retribuição dada pelo Estado por meio da pena, significa vingança para a sociedade.

1.2.3 Manifestação do poder do Estado

Soberania não revela somente a ideia de independência em relação aos demais Estados, antes, traz ínsita a ideia de superioridade em relação aos de dentro. Binômio independência externa e superioridade interna (ALARCÓN, 2011, p. 70).

Sendo, portanto o Estado soberano, ou seja, superior a todos os entes que o constitui, em alguns momentos manifesta seu poder e superioridade. Um desses momentos pode ser observado na aplicação da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, a privação da liberdade hoje guarda relação com o que foram os suplicios no passado:

O suplicio tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. [...] por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena é feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca. E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela - ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força - se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado. A cerimônia punitiva é 'aterrorizante' (FOUCAULT, 2004, p. 42-43).

Aterrorizante, isso que eram as cerimônias dos suplícios. É patente que a desproporção apresentada nas ocasiões em que os suplícios se davam não tinha como objetivo a simples reprimenda, ou equiparar as forças do criminoso com a do soberano. Não, o objetivo dos suplícios era exterminar o criminoso, não meramente punir.

Procurava-se com os rituais do suplício atingir em todas as áreas possíveis o criminoso em seu corpo, dando aos assistentes tanto um espetáculo muitas vezes desejado, quanto o reforço da ideia de que do soberano não se zomba.

Delinquir no território sob os domínios do soberano é delinquir contra o soberano. Ou seja, qualquer crime atinge o soberano, mesmo que minimamente. Já o Estado, em sua enormidade, vai com todo o poder sobre o súdito em uma demonstração não meramente de força, mas de superioridade extrema. O suplício é o soberano encolerizado.

O suplício conseguia imprimir na mente dos espectadores o exemplo a ser evitado a qualquer custo. Tinha o condão de preservar a existência do Estado e, sendo ato público, também conseguia exibir a força do soberano sobre o delinquente.

A pena privativa de liberdade ainda carrega esse significado de superioridade do soberano em menor proporção. Trocou-se a figura do monarca soberano, pelo Estado soberano. No lugar das praças, a mídia. As cenas de suspeitos presos pela polícia, algemados, cabisbaixos, passam de alguma forma a ideia da soberania do Estado em face dos cidadãos que o desafiam com a prática do crime, consequência da violação do ordenamento jurídico estatal.

Todas as vezes que um cidadão ataca um bem juridicamente protegido, ou seja, defendido pelo Estado, ataca o próprio Estado. Esse, por sua vez, responde. A retribuição do Estado, dentro do Direito Penal, deve ser proporcional, mas isso nem sempre ocorre. Muitas vezes o Estado aplica pena excessiva, permitindo prisões cautelares sem necessidade, expondo a imagem do cidadão infrator de forma abusiva, esquecendo o cidadão no cárcere, privando-lhe das condições condizentes à dignidade humana, dentre outras coisas.

Não pode se olvidar que a pena privativa de liberdade tem esse condão de confirmar a autoridade soberana do Estado. Tal reprimenda é capaz de impor sobre o cidadão o temor de se ver perseguido pela máquina estatal, que sem dúvida, é muito superior à força e possibilidades daquele que cometeu um crime. Não é por outro motivo a existência de regras penais, processuais e constitucionais em favor do réu, pois em face de todo este poder do Estado, nada se demonstra mais terrível do que a condenação de um inocente. Diante desta possibilidade, o próprio soberano, por meio de sua Constituição se auto-limita, dizendo até

onde pode ou não ir, para que injustiças não sejam praticadas em nome do combate à criminalidade.

Todo este poder do Estado se justifica, pois a impunidade é uma das causas para o crescimento da criminalidade. Denunciar a impunidade equivale a afirmar ser o soberano falho. Aproveitar da impunidade é zombar do soberano. Assim, deve o Estado se valer de todas as armas legitimamente possíveis para se defender do crime, pois este é pernicioso para o seio social e, havendo impunidade, manifesta-se a ineficiência do Estado.

Não se deve, entretanto, confundir ineficiência com fraqueza. Muitas vezes a criminalidade evolui, criminosos permanecem impunes não pelo fato do Estado ser fraco, antes, por ser moroso. Ausente a vontade política de se solucionar determinado problema com certos crimes, esses prosperam. Entretanto, a partir do momento em que os órgãos estatais começam a funcionar na direção do combate ao crime ou ao descobrimento da autoria de um delito, o cidadão se vê impotente em face da estrutura do soberano.

Retornando ao magistério de Foucault na comparação entre suplícios e prisão, mais evoluída é a aplicação da pena, na medida em que esta atinge somente o bem da vida suprimido pela sentença. Ao analisar a pena de morte, lembra o autor que na antiguidade, antes da eliminação da vida do indivíduo, suplícios eram aplicados sobre o condenado, visando infligir a maior quantidade de dor possível. O uso de queimaduras pelo corpo, açoites, arrastamento, a abertura do ventre rapidamente para que o condenado visse a retirada de suas entranhas, além de outras ações do carrasco, todas visando imprimir maior quantidade de dor sobre aquele que seria morto. Após relembrar essa série de processos utilizados na execução da pena de morte, conclui:

Os rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo - supressão do espetáculo, anulação da dor. Um mesmo movimento arrastou, cada qual com seu ritmo próprio, as legislações européias: para todos uma mesma morte, sem que ela tenha que ostentar a marca específica do crime ou o estatuto social do criminoso; morte que dura apenas um instante, e nenhum furor há de multiplicá-la antecipadamente ou prolongá-la sobre o cadáver, uma execução que atinja a vida mais do que o corpo. [...] A redução dessas 'mil mortes' a estrita execução capital define uma moral bem nova própria do ato de punir (FOUCAULT, 2004, p. 15).

A análise de Foucault sobre a evolução da pena de morte traz luz sobre a evolução que deve alcançar também a pena privativa de liberdade. Enfocando inicialmente os suplícios, descreve como o condenado à morte sofria por horas até seu suspiro final. Maior quantidade de dor possível, o corpo do indivíduo era submetido a tudo que se podia suportar até que se

chegou à pena de morte indolor, ou seja, a pena passou a visar somente à vida do indivíduo, atingindo seu corpo somente na medida necessária para adiantar a chegada da morte. Segundo o autor:

É preciso refletir no seguinte: um médico hoje deve cuidar dos condenados à morte até o último instante - justapondo-se destarte como chefe do bem-estar, como agente de não-sofrimento, aos funcionários que, por sua vez, estão encarregados de eliminar a vida. Ao se aproximar o momento da execução, aplicam-se aos pacientes injeções de tranqüilizantes. Utopia do pudor judiciário: tirar a vida evitando de deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor. O emprego da psicofarmacologia e de diversos ‘desligadores’, fisiológicos, ainda que provisório, corresponde perfeitamente ao sentido dessa penalidade ‘incorporea’ (FOUCAULT, 2004, p. 14-15).

Observa-se que para Foucault, houve grande evolução no momento em que o objetivo da pena de morte é atingido sem que se tenha que tocar em qualquer outro bem do condenado. Se o objetivo da pena de morte é atingir a vida do cidadão, não há necessidade de se atingir seu corpo com suplícios. Ao contrário, deve ser seu corpo protegido até que se chegue o momento de ser retirada sua vida. Chegando o momento de ser cumprida a pena, somente a vida deve ser atingida, não há necessidade de fazer o condenado sentir dor, nem fazer com que o momento morte se estenda mais do que o necessário.

O mesmo raciocínio deve ser empregado para a pena privativa de liberdade. Se o que se pretende atingir é a liberdade, nenhum outro bem do cidadão deve ser atingido. Não pode ser infligida dor, humilhação ou qualquer outra restrição de direitos não necessários à execução de referida pena. No ordenamento jurídico brasileiro este objetivo vem positivado no Código Penal, artigo 38, o qual, na prática ainda não é completamente respeitado.

Assim, como o objetivo dos suplícios era, ao final, a morte do súdito, mas para isso, infligia-se a maior quantidade de sofrimento possível, igualmente a privação da liberdade também atinge o cidadão em bens outros que não somente a liberdade.

Nesse contexto a pena privativa de liberdade tem como significado o de ser um instrumento de demonstração de força do Estado soberano. Mais do que talião, pois o porquê da pena não está em vingar a vítima direta, antes, vingar o Estado que foi ultrajado em sua soberania. A pena privativa de liberdade, então, é expressão do jogo de poder que se abate sobre a liberdade do indivíduo que fez o que queria, não podendo por algum tempo fazer o que deseja.

Tem-se, pois que a privação da liberdade tem também como significado para Estado, cidadão infrator e demais cidadãos que o Estado é superior. Tal demonstração, entretanto,

deve conduzir, cada vez mais, a uma pena privativa de liberdade que atinja exclusivamente a liberdade, atingindo minimamente outras áreas da vida do indivíduo.

1.3 Oportunidade de aplicação da pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade atinge de forma dura a vida do cidadão, sendo ao mesmo tempo má e necessária, deve, por conseguinte, ser tratada como medida de exceção. Portanto, a oportunidade de aplicação dessa medida é verificada somente a título de exceção, em situações extremas, quando outros remédios do direito e outras medidas do Direito Penal não são suficientes. No Brasil da atualidade, a pena de prisão é a pena por excelência, entretanto, deve cada vez mais ser tida como medida extrema e excepcional.

Oportunidade de aplicação não é sinônimo de momento que não deve ser desperdiçado. Antes, traz a ideia de momento mais adequado para sua verificação. Sendo o crime o momento oportuno para a aplicação da pena, deve-se, em um segundo momento, investigar quando a privação da liberdade, dentre as penas permitidas, torna-se a mais oportuna.

A privação da liberdade não pode ser encarada simplesmente como a consequência jurídica imediata e inafastável contra a prática de determinados crimes. O fato de ter ficado comprovado no decorrer da instrução que um cidadão praticou determinado crime não deve ter como consequência imediata a imposição da privação da liberdade.

A pena em comento não deve ser imposta pela simples comprovação da prática de determinado delito, posto que deve ser analisado o respeito ou não do acusado aos diversos ditames penais, isto é, se tem ou não antecedentes criminais. Ainda deve ser observado seu comportamento no seio social e seu modo de ser no trato com as pessoas, família, amigos etc. Deve ser visto ainda quais foram os motivos que o levaram a praticar o crime e em quais circunstâncias estes se deram. O crime foi de grave consequência para a vítima e a sociedade, ou foi de impacto e importância reduzida? Por fim, deve ser analisado o comportamento da vítima, caso isso seja possível. Diante de todo este quadro, pode-se, então, encontrar o grau da reprovabilidade da conduta do cidadão, somente se for necessário e suficiente, ou seja, oportuno, deverá ser aplicada a pena privativa de liberdade³. Além disso, o garantismo

³ Artigo 59 do Código Penal.

determina que, para combater uma conduta socialmente danosa com a pena, é necessário que não existam outros meios menos gravosos. Nesse sentido, Claus Roxin observa que a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado e, com a sua marginalização, a própria sociedade sofre um dano (ROCHA, 2007, p. 16).

Desse modo, da certeza jurídica da prática de determinado crime que é obtida com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴, surge a ocasião oportuna para a aplicação de uma pena. Entretanto, é da análise das chamadas circunstâncias judiciais que se verifica a pena mais adequada, que excepcionalmente, somente se for oportuna, poderá ser a privação da liberdade.

Entretanto, o que deve nortear o julgador é que a pena privativa de liberdade, como já lembrado neste trabalho, é perniciososa e traz consequências funestas na vida do cidadão e para a sociedade, portanto, o magistrado não deve buscar um meio de colocar o cidadão na prisão, mas um meio de não colocá-lo. Deve tentar encaixar o réu, de todas as maneiras juridicamente possíveis, na regra, que é a não privação da liberdade, e, somente em casos isolados, não havendo outro meio, sendo oportuno, a pena privativa da liberdade, que é exceção.

A oportunidade de aplicação da privação da liberdade se observa no momento em que se verifica a certeza jurídica da autoria e da materialidade, somada às circunstâncias judiciais trazidas estampadas no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 59 do Código Penal.

Conclui-se que a pena privativa de liberdade tem duas facetas, uma teórica e outra prática, sendo as duas, muitas vezes, díspares e antagônicas. Dentro do ponto que está sendo analisado, verifica-se que na teoria tem se conseguido estabelecer qual a oportunidade adequada para a imposição da pena privativa de liberdade, entretanto na prática, encontrar esta oportunidade tem se demonstrado tarefa árdua, sendo mais fácil defender o uso da prisão como regra, não como exceção.

1.4 Finalidades da pena privativa de liberdade

Para que serve a pena? Não se atingindo o ideal, o que está ao alcance da realidade brasileira, ou seja, quais são os fins possíveis da pena privativa de liberdade em um país com as características do Brasil? Ao responder estas indagações, responde-se juntamente qual a finalidade do Direito Penal.

⁴ Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

A resposta à indagação: para que serve a pena privativa de liberdade? É investigada por meio das diversas teorias existentes que pretendem legitimar a aplicação da pena. Segundo Ferrajoli (2002, p. 204), foram tantas as tentativas de justificar a legitimidade da pena, que os penalistas atuais têm como um de seus principais trabalhos o de “alinhar de forma ordenada as diversas doutrinas e dar-lhes uma classificação racional”.

Teorias absolutas (ou retributivas) e teorias relativas (ou utilitárias), são esses os dois blocos de teorias que procuram justificar a pena. Analisando as diversas teorias, Rocha (2007, p. 33) conclui que não se chegou a um consenso para enaltecer ou excluir qualquer das teorias. Dessa forma, não se é possível adotar somente uma, bem como não se consegue harmonizá-las perfeitamente em seus postulados teóricos.

Sobre a teoria da retribuição, em seu magistério, Araújo Júnior (1999, p. 94) defende que:

O direito Penal moderno repeliu a idéia de retribuição e adotou um conceito funcional de prevenção geral e especial positiva. Abandonou a ideia de que o autor precisa sofrer para emendar-se (as ideias de arrependimento emenda são secundárias). Hoje, a missão do Direito Penal não é mais causar sofrimento, mas sim reforçar no âmbito da cidadania a idéia de vigência, utilidade e importância, para a convivência social, da norma violada pelo criminoso.

No mesmo sentido é o magistério de Ferrajoli (2002, p. 205) ao afirmar que as teorias retributivas são insustentáveis, tendo em vista terem como postulado principal o fato de existir algo parecido com uma ligação necessária entre culpa e punição, sendo a pena a restauração de uma ordem que fora violada pelo delito cometido. Assim, analisando essas teorias retributivas, afirma não serem aptas a justificar um Direito Penal garantista que deve ser aplicado no Estado Democrático de Direito.

Já as teorias relativas, também conhecidas como utilitaristas, segundo o mesmo autor, são aquelas que servem como meio para evitar-se, no futuro, a prática de novos delitos. Divide-se, por sua vez esta teoria em prevenção especial e prevenção geral, na medida em que a pena visa a, no primeiro caso, impedir que aquele que praticou um delito, volte a delinquir, ou, no segundo caso, que a população em geral, por meio do exemplo visto na pessoa do delincente submetido a uma pena, evite a prática de crimes.

No Brasil, o legislador fez sua opção pela doutrina utilitarista, podendo esta afirmação ser constada por meio da análise conjunta de dois dispositivos, quais sejam, o artigo 59 do Código Penal e o artigo 1º da Lei 7.210/1984, conhecida Lei de Execuções Penais.

O primeiro diploma expressa que são finalidades da pena privativa de liberdade a prevenção geral e a prevenção especial, utilizando as seguintes expressões para designar tal ideia: “O juiz [...] estabelecerá, conforme seja *necessário e suficiente* para reprovação e prevenção do crime, as penas aplicáveis [...], a quantidade de pena [...], o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade”. [GRIFFO NOSSO]

Já a Lei de Execuções Penais, para demonstrar a finalidade ressocializadora do cárcere, vale-se dos seguintes termos: “[...] proporcionar condições para a harmônica *integração social* do condenado e do internado”. [GRIFFO NOSSO]

1.4.1 Ressocialização do indivíduo

Em determinado momento histórico a privação da liberdade tornou-se a principal opção de punição dos Estados, tendo-se em mente que a prisão se converteria na pena ideal, sendo apta, inclusive, para ressocializar o criminoso. Este mito caiu por terra, havendo nos dias atuais descrédito na possibilidade, ainda que mínima, da privação da liberdade poder redundar em algo de positivo para aquele que é submetido a tal pena (BITENCOURT, 2009, p. 106).

Das finalidades que se extraem do ordenamento jurídico, a ressocialização, sem dúvidas, é a mais nobre, devendo, portanto ser a mais pretendida, pois, tendo o criminoso como cidadão que não consegue conviver em sociedade por ser imoral, visa-se, com a ressocialização, que ele deixe suas práticas anteriores e se torne apto ao convívio social.

Se por um lado a ressocialização é a finalidade mais almejada, por outro é a mais difícil também de ser alcançada. Como ressocializar retirando da sociedade? Eis é a contradição dessa finalidade. As penas privativas de liberdade são equivocadas em sua essência, pois além de aplicar um castigo proporcional ao mal causado pelo crime, ao mesmo tempo procuram ressocializar o indivíduo, tal qual descrito no artigo 1º da Lei de Execução Penal. Contudo, inviável este caminho, pois não se pode falar em ressocializar alguém que fique segregado e confinado em ambiente cujos valores éticos façam oposição àqueles da sociedade da qual saiu e para a qual se pretende voltar.

A degeneração dos criminosos primários, ocasionais ou responsáveis por delitos pequenos; impossibilidade de retorno normal ao convívio social; tratamento incompatível à condição de ser humano; métodos ineficazes; superlotação; condições propícias para o aumento da criminalidade e abusos sexuais são pontos relevantes que dificultam a

ressocialização do indivíduo submetido à prisão. O fato é que além de não atingir o objetivo da ressocialização, a pena privativa de liberdade ainda humilha o ser humano, segrega, denigra, rotula, piora, subjuga, maltrata, empobrece o espírito, retira do mercado de trabalho, mata habilidades (BITENCOURT, 2009, p. 107-108).

Entretanto, é fim almejado pelo Estado brasileiro, posto que previsto em lei. Além disso, demonstra-se coerente com os postulados do Estado Democrático de Direito, uma vez que retirar o cidadão do convívio social, não para maltratá-lo, antes, para fazer com que se torne uma pessoa melhor, é finalidade nobre, entretanto, insista-se, tem-se demonstrado de todas, a mais difícil e a mais inatingível.

Parece que a utopia da ressocialização do encarcerado se deve ao fato da inexistência de políticas voltadas para o aproveitamento do tempo do encarcerado na prisão. O único momento em que o Estado tem um cidadão vinte e quatro horas do dia a sua disposição ocorre com a privação da liberdade.

O funcionário público somente cede sua força laboral ao Estado. Os alunos de escolas e universidades públicas ficam poucas horas por dia sob a tutela estatal. Os pacientes de hospitais públicos submetem somente sua saúde ao Estado. O preso não, tudo, absolutamente tudo está sob a custódia do Estado. Suas refeições, seus horários, suas horas de sono, as pessoas com as quais irá conviver e se relacionar, suas vestes e calçados, o que irá assistir na TV, os livros a serem lidos, cursos que poderá frequentar, palestras que poderá assistir etc. Só não está sujeito ao Estado o interior do cidadão, ou seja, caráter, mente e intenções. Contudo, em verdade, indiretamente, por meio de tudo que está sujeito ao Estado, podem estas áreas do indivíduo ser também atingidas.

Em outras palavras, o único momento em que o Estado pode *doutrinar* um cidadão para que este seja da maneira como deve ser, ocorre no período do cárcere. Este *doutrinamento*, entretanto, não deve ter como objetivo outro, senão, o convívio sadio em sociedade.

Nesse ponto, o presente trabalho diverge das ideias de Ferrajoli (2002, p. 319), para quem, da pena, deve ser “excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória”. Dessa forma, entende o doutrinador italiano que a prisão não pode perverter o réu, porém, também não deve pretender melhorar.

E prossegue argumentando que

É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as

instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos (FERRAJOLI, 2002, p. 319).

Entretanto, apesar de todo respeito que merece o autor, parece que na medida em que se aplicam políticas de dignificação da pessoa encarcerada, algo de positivo deve acontecer, tornando a pessoa melhor. Vale dizer, se o cidadão fora da prisão não trabalhava, não estudava, não tinha acompanhamento psicológico, religioso, social e limites impostos, a partir do momento que passa a ter todas essas oportunidades, a elas submetido por alguns anos, parece que a consequência será a mudança do indivíduo, espera-se, para melhor.

A conclusão se baseia no fato de que na atualidade, com o ócio, e estando os presos desprovidos de todas essas oportunidades, entram de uma maneira e saem degenerados, com valores morais piores do que os de outrora.

A ideia de que a prisão deve ser um lugar terrível para o preso equivale à ideia de vingança, e a vingança deve ser rechaçada pelo Estado Democrático de Direito.

Como é sabido, o encarceramento promove a exclusão social. Sabe-se, também, que muitos dos que estão encarcerados, antes de o ser, já eram excluídos socialmente, não tendo acesso à educação, saúde, alimentação, transporte, emprego, saneamento básico, além de outros direitos sociais. Todos esses direitos são devidos pelo Estado a todos os cidadãos, mesmo ao cidadão encarcerado.

Em verdade, muitos estão encarcerados, justamente porque não receberam do Estado, enquanto estavam livres, esses direitos sociais. Dessa forma, quando o Estado dá ao preso saneamento básico, alimentação, vestimenta, trabalho, educação etc., está somente entregando ao cidadão seus direitos sociais amparados pela Constituição Federal, os quais não devem lhe ser privados pelo fato de ter perdido a liberdade.

A ressocialização é uma realidade distante da finalidade a ser atingida pela privação da liberdade, sendo possível de ser atingida somente se houver vontade política e medidas inteligentes.

1.4.2 Contenção da prática de novos crimes

Vertente da prevenção especial, por meio do cárcere, o Estado impede que determinada pessoa continue a praticar determinados crimes, servindo a prisão como meio de contenção da prática de delitos. De todas as finalidades, essa é a que mais tem atingido seu intento.

Muito comum indivíduos ou grupo de pessoas praticarem determinados crimes por certo período de tempo em uma região ou cidade: tráfico de entorpecentes, estelionato, roubos, furtos de gado etc. Prendendo-se o indivíduo ou mesmo todo o grupo, tem-se diminuição ou extinção da prática daquele crime na região ou cidade. Tem-se, neste caso, a pena privativa de liberdade cumprindo perfeitamente sua finalidade.

Não há grande dificuldade em se perceber que o cidadão, sendo contumaz na prática de roubos, ao ser preso, não roubará enquanto estiver encarcerado. Do mesmo modo o traficante, tendo no comércio de drogas seu meio de sustento, sendo privado de sua liberdade, deixará de traficar.

Entretanto, apesar de ser a finalidade que mais atinge seu intento, é fato que não é atingida perfeitamente em todas as situações, pois como é noticiado quase que diariamente, é constante a descoberta de grupos que controlam a prática de crimes do interior de presídios espalhados pelo Brasil. Além disso, outros tantos tipos penais são violados por ser a prisão ambiente propício para isso. Fácil, portanto de se perceber que nos presídios ocorrem muitos homicídios, ameaças, extorsões, estupros, lesões corporais, dentre outros.

Se de um lado o Estado deve se valer de políticas para que o cidadão não volte a delinquir ao sair do cárcere, imperioso é que o Estado impeça que o cidadão pratique crimes enquanto dentro dos presídios para que a finalidade da contenção da prática de novos delitos seja perfeitamente atingida.

1.4.3 Reafirmar os valores éticos-jurídicos da comunidade

Em alguns casos, não parece que seja o principal objetivo da pena privativa de liberdade a ressocialização ou a contenção. O objetivo do direito penal em determinadas circunstâncias se restringe a resguardar valores fundamentais da sociedade que vêm a ser os bens jurídicos, valendo-se da intimidação ou prevenção geral (CAPEZ, 2008, p. 1).

Como exemplo, pode-se mencionar os chamados homicídios passionais. Nesses casos, não raro, pessoas que nunca tiveram antecedentes criminais, de uma hora para outra cometem um crime bárbaro, ocorrendo, muitas vezes, o arrependimento imediato. Assim, não seria a pena privativa de liberdade o mecanismo ideal para ressocializar ou conter a prática de novos crimes, aliás, estas finalidades, nestes casos específicos, não são sequer cogitadas.

Também é desproporcional defender a aplicação de outra pena que não a privação da liberdade nesses tipos de crime, não sendo razoável postular-se a suspensão condicional do processo, o *sursis*, a aplicação de pena restritiva de direitos, tendo em vista a gravidade e o desvalor da conduta.

No exemplo dos chamados crimes passionais, a reafirmação dos valores da sociedade pode ser encarada como a principal finalidade da privação da liberdade. Em verdade, esta reafirmação dos valores éticos da sociedade, não deixa de ser a prevenção geral, pois, por meio da prisão em face do cometimento de determinados delitos, o Estado demonstra aos demais cidadãos o que ocorre com quem age de determinada maneira.

Em outros termos, observando-se os postulados das teorias mistas, nesses casos, além de ter um caráter de prevenção geral, tem a privação da liberdade também um aspecto meramente retributivo, tornando-se a prisão a justa retribuição ao mal causado pelo crime (MIRABETE, 2009, p. 231).

CAPÍTULO 2 – DEMOCRACIA E PRISÃO: PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

2.1 Prisão e a democracia brasileira após 1988

O Brasil é um Estado muito novo se comparado a outros Estados. Foi descoberto em 1500, enquanto isso data-se de 1215 a Carta Magna de João Sem Terra na Inglaterra, ocasião em que o constitucionalismo dá seus primeiros passos. Itália, Espanha e França também são bastante antigas. Se o tema for democracia, a história do Brasil é ainda mais recente e precária, contando com aproximadamente cem anos, os quais não são ininterruptos.

Da inauguração da atual ordem jurídica em 1988 com a Constituição Federal até hoje se passaram, sob a perspectiva histórica, poucos anos, e na maioria das áreas, caminha-se a passos lentos dentro dessa nova sistemática. Extensão territorial, corrupção endêmica e falta de interesse político são alguns dos fatores que explicam a lentidão. Educação, saúde, tecnologia, ciência, política, economia, transporte, saneamento básico, segurança, tudo, absolutamente tudo é enorme, com problemas complexos, difíceis de serem resolvidos e, apesar de ser inegável o avanço em todas essas áreas nos últimos anos, há muito a ser feito. Com a privação da liberdade e, conseqüentemente, com todo o sistema carcerário ocorre o mesmo.

Como está buscando uma identidade em cada uma das áreas mencionadas (e também nas outras não citadas), e tendo-se em mente a infância do país em comparação com outras nações da Europa no que se refere à democracia, urge aprofundarem-se debates, os quais devem ser científicos e amplos sobre a função da pena privativa de liberdade no Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, para saber aonde se quer chegar, bem como os caminhos a serem trilhados para atingir os objetivos estabelecidos.

Neste momento, o presente trabalho não busca solucionar o problema. Aliás, a maioria dos pontos levantados não são respostas, antes, questões a serem enfrentadas para se chegar à solidificação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, analisando a pena privativa de liberdade nesse contexto.

2.1.1 Brasil, Estado democrático de direito

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito não como mera promessa de organização, antes, como proclamação de que a democracia qualifica o Estado. E a tarefa fundamental do Estado qualificado pela democracia é “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social” (SILVA, 1997, p. 107-108).

Portanto, a República Federativa do Brasil traz sobre si uma série de consequências que devem ser levadas em consideração sempre que se analisa qualquer instituto jurídico. E em face disso, algumas perguntas impõem-se: O que caracteriza o Brasil como um Estado Democrático de Direito? Qual a diferença entre um Estado de Direito e um Estado Democrático de Direito? Como deve ser a pena privativa de liberdade em um Estado Democrático de Direito?

Para entender a evolução que o Estado Democrático de Direito representa, necessário se faz entender o Estado Absolutista, o qual recebe tal denominação tendo em vista que o poder absoluto pertencia ao soberano. Este poder era exercido sem observância de qualquer limite ou regra, ou seja, o monarca praticava desmandos conforme pretendesse satisfazer seus caprichos. Não havendo legislação positivada, os súditos ficavam à mercê do ânimo de seus governantes que, não poucas vezes, agiam com extrema brutalidade. A frase atribuída a Luiz XIV, *o Estado sou eu*, é iconoclasta desse período. Nesse sentido é a exposição de Ferreira Filho (2008, p. 1):

O Estado contemporâneo nasce, no final do século XVIII, de um propósito claro, qual seja o de evitar o arbítrio dos governantes. A reação de colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra um poder que – ao menos isso lhes parecia – atuava sem lei nem regras.

Antes de chegarmos ao Estado Democrático de Direito, as sociedades evoluem do Estado Absolutista para o Estado de Direito que foi criado em contraposição ao Estado Monárquico Absolutista. A burguesia ascendia cada vez mais e clamava por igualdade em face do monarca, o que se obtém com o surgimento do Estado de Direito, havendo enorme avanço no combate ao absolutismo monárquico, uma vez que a partir daquele momento passou a existir uma igualdade jurídica entre os homens, havendo submissão de todos ao

império da lei, posto que a partir deste momento, não são mais homens, antes, leis que governam.

Este tipo de Estado, subordinado às leis, tem como ponto característico a submissão do poder político a um direito objetivo, conhecido (ou possível de se conhecer) por todos, exprimindo este direito objetivo aquilo que se considera justo, posto que não derivado da vontade do governante, segundo o pensamento da época, antes, emanava da própria natureza das coisas (FERREIRA FILHO, 2008, p. 2).

Contudo, no Estado de Direito, a igualdade é meramente formal, uma vez que todos são iguais porque a lei afirma isso, mas de fato igualdade não há. Além disso, a simples existência de um Estado sob o manto de leis não significa necessariamente que esse Estado seja justo, pois pode um Estado criar leis injustas. Dessa feita, se a lei diz “ser judeu é crime”, por mais injusta que seja esta lei, deverá ser cumprida. Apesar do progresso em relação ao absolutismo, percebe-se que o cidadão saiu dos abusos do monarca para sucumbir aos abusos do legislador. Nesse sentido, Silva (1997, p. 108) preleciona:

Estado de Direito não se caracteriza apenas pela legalidade. É que, se conceber-se o Direito, apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado Democrático de Direito passa a ser Estado da legalidade, ou Estado legislativo. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado Democrático de Direito, nele não se realiza completamente.

Um passo adiante se tem o Estado Democrático de Direito. Democracia, em linhas gerais, é o governo com participação popular. É o governo do povo, pelo povo e para o povo. O povo escolhe quem serão seus governantes e representantes. O povo escolhe, por meio de seus representantes, quais serão suas leis. Tanto seus governantes e representantes quanto as leis visam ao bem do povo e o fortalecimento dos objetivos traçados pelo Estado, sendo que a base da democracia desse Estado encontra-se estampado em um documento, qual seja, a Constituição Federal.

Sobre esta base, Ferreira Filho (2008, p. 3) manifesta-se da seguinte forma:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do homem.

Assim, a República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito pois, além de ser governado por leis, estas encontram limites na vontade do povo expressa na Constituição Federal que se impõe sobre leis, instituições, autoridades e cidadãos de um modo geral, definindo direitos fundamentais, limitando o poder dos governantes, bem como privilegiando a cidadania, e organizando a representatividade.

Entretanto, não pode se perder de vista que a democracia de um Estado não se confunde com a de outro, tendo em vista que a história de um também não se confunde com a de outro. Arend (2003), por exemplo, lista e analisa trinta e seis modelos de democracias em sua obra “Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países”. Por esse motivo é arriscado aceitar modelos prontos, os quais funcionam muito bem em alguns países, tentando aplicá-los no Brasil, país cuja democracia engatinha e ainda não está consolidada.

Como a democracia brasileira é ainda frágil, a Constituição Federal de 1988 contém freios para que a democracia seja mantida, protegida e sustentada, com mecanismos que visam a afastar a possibilidade da ocorrência de nova ditadura na história brasileira. Por exemplo, é previsão expressa da possibilidade de uma única reeleição para os cargos de chefe do executivo; é assegurada a liberdade de imprensa; é também estabelecida pela Constituição Federal, no Supremo Tribunal Federal, uma corte com objetivo de zelar pela Lei Suprema; a existência de um Ministério Público independente; cuidado especial com a advocacia; possibilidade de iniciativas populares etc.

Tais freios são necessários, tendo em vista que as ditaduras atualmente não são feitas por armas e canhões, mas por meio de manipulação da opinião pública. Os mecanismos de dominação na atualidade manifestam-se com o apoio popular diretamente, ou por meio dos representantes do povo, deturpando e se utilizando dos meios concedidos pela própria Constituição Federal, buscando perpetuação no poder.

Machado (2010), em palestra proferida no Café Filosófico do Centro Universitário Eurípides de Marília, discursando sobre a democracia brasileira, cita os seguintes exemplos dessas medidas: populismo, que se vê nos dias de hoje no Brasil na forma de se fazer política de alguns políticos; possibilidade legislativa de controle da imprensa, tema recorrente para debates em diversos setores da sociedade, em face de sua constante ameaça; formação da opinião pública, por meio do controle de meios de comunicação em massa; classe produtiva em favor do poder dominante e a alteração da Constituição para se possibilitar várias reeleições.

Interessante observar que uma medida valida a seguinte. Sendo um governo populista, tendo, portanto, a opinião pública a seu favor, consegue-se que o congresso crie leis

de controle da imprensa; tendo o controle da mesma, mais fácil a formação da opinião pública, tendo esta mais ao seu lado, consegue-se *lobby* para alteração da Constituição e a possibilidade de várias reeleições; alterando-se a Constituição Federal, há uma legitimidade do poder. Ou seja, uma ditadura por meio da democracia, parece haver participação popular, quando, na verdade, houve manipulação da opinião pública. Nascendo um círculo vicioso, com aparência de legitimidade. Não é difícil de notar que o Brasil não está imune a qualquer destes mecanismos citados, motivo pelo qual os freios estabelecidos na Constituição Federal serem tão bem vindos.

Por conta disso, são indispensáveis os freios trazidos pela Constituição Federal, pois o Brasil é um país com grande disparidade social, logo a manipulação das massas e a brevidade de nossa democracia, apesar do fortalecimento das instituições que sustentam o Estado Democrático, fazem com que se veja com cuidado a possibilidade de permanência no poder.

A democracia, na visão de Touraine (1994, p. 345), não é algo perfeitamente acabado que um Estado adota como sistema pronto, antes, vem evoluindo no transcurso da história. No atual estágio da democracia, essa deve ser identificada por dois pontos, em primeiro lugar a livre escolha de representantes pelo povo; e em segundo lugar pela limitação do poder político. Além disso, é característico da democracia a regência de três princípios: o reconhecimento dos direitos fundamentais; a representatividade social dos dirigentes e a consciência de cidadania.

Sem desprezar a cidadania e a representatividade, dois pilares irremovíveis da democracia, para o trabalho, mais adiante, será analisado somente o reconhecimento aos direitos fundamentais.

2.1.2 Garantismo penal e constitucionalismo aplicado ao direito penal

O Estado brasileiro é democrático como dito, isso não significa que pode ser feito em seu território o que se quiser pelo cidadão. Apesar de democrático, deve ser firme. Vale dizer, justamente por ser democrático, deve fazer valer sua ordem jurídica interna, valendo-se, também, do direito penal, que é instrumento duro, porém legítimo, que serve, dentre outros objetivos, para manter a democracia.

Nesse contexto, é o Estado extremamente forte, e muito superior em relação ao cidadão, tendo toda máquina administrativa nas mãos para funcionar e fazer valer sua

vontade. É certo, também, que o poder não se auto-limita, deve ser contido para que não cometa abusos. Portanto, ao nascer o Estado dotado de poder, limites devem ser estabelecidos.

Os manuais de direito constitucional são unânimes em afirmar que o constitucionalismo nasce com dois objetivos principais: estruturar o Estado, bem como para limitar o poder desse Estado. Essas limitações ao Estado têm uma finalidade básica: garantir ao cidadão a possibilidade de viver tranquilo, sem a ingerência discricionária e abusiva do Estado (MORAIS 2002, p. 58).

O estudo do direito é dinâmico, e muito tem sido escrito sobre os limites impostos pela Constituição Federal aos diversos ramos do Direito. Encontram-se na Carta Magna de 1988 dispositivos que geram consequências em diversos ramos do direito, sendo praticamente impossível analisar qualquer um desses ramos sem se atentar para o que a Constituição Federal disciplina a respeito de cada uma das matérias, direta ou indiretamente.

O texto constitucional atinge todos os ramos do direito, em um primeiro momento, tendo em vista o princípio genérico e soberano da dignidade da pessoa humana que permeia todas as áreas da vida do cidadão, bem como todas as searas do direito. Em um segundo momento, podem ser encontrados dispositivos constitucionais ligados diretamente a cada um dos ramos, havendo artigos ou incisos expressos sobre direito civil, infância e juventude, tributos, meio ambiente, administração pública, direito trabalhista, direito processual etc. Há, portanto, a constitucionalização do direito em todas suas vertentes, não escapando o direito penal desse fenômeno.

Há vários dispositivos que de forma expressa disciplinam o Direito Penal brasileiro. Há, ainda, outros dispositivos que, via de regra, não são associados ao Direito Penal. Entretanto, como a Constituição Federal não possui letras inúteis, e como o texto constitucional deve ser analisado de forma integrada, surgem duas formas de se enxergar o Direito Penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988: o garantismo penal e o constitucionalismo aplicado ao Direito Penal, sendo que a diferença entre ambos é quantitativa e não qualitativa. Os preceitos de um não são mais importantes que os do outro, são somente mais amplos.

O garantismo postula a aplicação da Constituição Federal no Direito Penal, naquilo que lhe é próprio, ou seja, onde se encontram no texto constitucional, de forma explícita, normas referentes ao crime ou à pena. Por exemplo, a reserva legal para a criação de crimes e

penas; a irretroatividade da lei penal etc.⁵ Garantismo penal é o respeito às garantias de liberdade previamente estabelecidas em favor do cidadão em face do Estado.

Ferrajoli (2002, p. 683-686) diz que “garantismo designa um modelo normativo de direito [...] É, conseqüentemente, garantista, todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente” e prossegue no tema, afirmando “que é possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si [...]”. Além do acima, ele diz que o garantismo é ainda “uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também pela existência ou vigor das normas”. E “por fim, garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constitui a finalidade”.

Carvalho (2001, p. 83), em relação à teoria do garantismo, diz que

Hoje, o discurso garantista corresponde a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado pelos argumentos hipercriminalizadores presentes nos discursos dos movimentos de lei e de ordem potencializados pelas ideologias [...] de Defesa Social. [...] como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações do direito e do Estado presentes nos modelos genocidas e totalitários do pampenalismo contemporâneo.

Pode-se dizer que o garantismo é uma teoria que se ampara nos direitos e garantias fundamentais encontrados na Constituição Federal. E mais, o garantismo é a voz que clama em meio às aberrações e barbaridades que predomina no seio do Direito Penal hodierno, esboçado, por exemplo, no *Movimento de Lei e de Ordem*, *Direito Penal Simbólico*, *Direito Penal do Inimigo* e daí por diante.

Por fim, cabe a opinião de Bobbio que, ao prefaciá-la a primeira edição da obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* de Luigi Ferrajoli (2002, p. 8), afirmou:

[...] é importante, para a plena compreensão do conjunto, que não se perca de vista a idéia inspiradora da obra: a idéia iluminista e liberal [...] segundo a qual, diante de grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana [...], é boa e por conseguinte desejável e defensável a solução que amplia a esfera da liberdade e restringe a do poder ou, como outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos.

⁵ Constituição Federal, artigo 5º, respectivamente incisos XXXIX e XL.

E quanto ao constitucionalismo? Em um primeiro momento pode ser entendido como movimento de estruturação de um Estado, e nesse sentido, teríamos vários constitucionalismos: o brasileiro, o argentino, o inglês etc. Outra concepção seriam os três movimentos ocidentais mais importantes de formação da democracia, que são o inglês, o francês e o americano. Bester (2005, p. 28-29), escorada em Canotilho, apresenta a ideia de que na modernidade, o constitucionalismo deve ser entendido como uma técnica que visa limitar os poderes do Estado, objetivando amparar garantias aos cidadãos. Sempre que for observado em um Estado a utilização da constituição para limitar o poder do Estado, tendo esta limitação como finalidade precípua amparar as garantias do cidadão, está-se, modernamente, diante do constitucionalismo.

Essa última concepção trazida por Bester é a que se equipara ao garantismo. Observe-se, entretanto, que praticamente os conceitos de garantismo e de constitucionalismo se confundem, posto que ambos têm a mesma finalidade, limitar o poder estatal, objetivando proteger as garantias do cidadão.

Em verdade, a distinção entre ambos como já afirmado, não é de qualidade, mas sim de quantidade. Ou seja, enquanto o garantismo penal tem como objeto somente os preceitos explícitos relacionados ao Direito Penal, o constitucionalismo trabalha com todos os preceitos contidos na Constituição, os quais devem ser bem analisados para tentar aplicá-los de alguma maneira ao direito penal, buscando-se a maior efetividade possível da Constituição Federal em favor do cidadão e da sociedade, melhorando esse ramo do direito que lhe deve sujeição.

Há necessidade de expansão do rol contido no garantismo penal, englobando, no que lhe for pertinente, todos os dispositivos da Constituição Federal para que se relacionem com o Direito Penal, pois o constitucionalismo prescreve a total aplicação de toda a Constituição Federal em todos os ramos do direito, naquilo que for compatível. Observa-se que tal aplicação vai se ampliando no decorrer do tempo, conforme vão se descobrindo novas interpretações de artigos da Constituição Federal no contexto evolutivo da sociedade.

2.1.3 A finalidade da pena privativa de liberdade no Estado brasileiro

Se o objetivo do constitucionalismo é possibilitar a aplicação do maior número possível de regras constitucionais ao direito penal, imprescindível se faz associar, na medida do possível, os preceitos contidos nos artigos 1º, 4º e 5º da Constituição Federal imediatamente, pois neles se encontram os objetivos, os princípios norteadores para se chegar

ao Estado que se almeja, bem como, mais precisamente, no artigo 5º, a defesa do cidadão, na medida em que o poder do Estado é limitado em face daquele.

Analisando os princípios fundamentais, tal qual descritos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, observa-se que eles fundamentam a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Analisando a literalidade de tais preceitos, encontram-se alguns caminhos que a privação da liberdade deve trilhar.

No Brasil, o poder tem como titular o povo, observando-se no artigo 1º da Constituição Federal o fundamento da democracia brasileira, que é materializada por meio da titularidade popular com exercício representativo. Tem-se, portanto, que o povo, por meio do sufrágio universal, elege aqueles que representarão o povo, buscando satisfazer a vontade popular. Conclui-se que as leis elaboradas e as políticas adotadas pelos representantes do povo devem espelhar os anseios do povo e não são instrumentos de dominação de minorias.

As leis criadas no Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, por meio do poder, cujo titular é o povo, que o exerce por meio de representantes, devem sempre ter como vetor os seguintes princípios basilares: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Outra mensagem passada pelos artigos em comento é que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, devem ser independentes e harmônicos entre si, uma vez que são expressões do Poder Soberano do Estado, o qual, em essência, é uno, e, respeitando os fundamentos acima descritos, devem adotar políticas coerentes com os princípios já mencionados.⁶

Dentro do território brasileiro alguns objetivos devem ser buscados irrestritamente: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir um desenvolvimento nacional; exterminar a pobreza e a marginalização, visando reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação.⁷

Ainda, internacionalmente, com outros Estados soberanos, deve se manter independente, demonstrar *respeito pelos direitos humanos*, aliás, fazer com que estes prevaleçam sempre; incentivar a autodeterminação dos povos, evitar a intervenção de um Estado sobre outro; enaltecer a igualdade entre os Estados e defender a paz, buscando sempre a solução pacífica dos conflitos, repudiando irrestritamente o terrorismo e o racismo,

⁶ Constituição Federal, artigo 2º.

⁷ Constituição Federal, artigo 3º.

cooperando entre os povos para o progresso da humanidade, concedendo, inclusive, se necessário, asilo político.⁸

Todas estas características fazem da República Federativa do Brasil um Estado Democrático e de Direito. E, se nem todas estas características são encontradas em plenitude, sem dúvida influenciam, servem como baliza, vetor e alvo a ser atingido em todos os setores da sociedade. De 05 de outubro de 1988 para cá, com certeza, muito do que se encontra nestes quatro artigos já foi implantado no Brasil, ainda que precariamente, trazendo progresso significativo em vários setores. A pena privativa de liberdade não pode ficar alheia a estas características.

No estudo de todos os institutos, devem ser observados os fundamentos do Brasil, estampados nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, pois eles servem de base e vetor para a construção, interpretação e aplicação de qualquer norma. Servem ainda para integrar o sistema, possibilitando um caminho coerente com os anseios do Estado. Olhando para estes preceitos, é possível saber onde se espera chegar e notar quando determinada área não está no caminho certo.

Tais preceitos apresentam valores e balizas, bem como princípios que devem ser aplicados imediatamente e diretamente a situações concretas. Nesse contexto é que a pena privativa de liberdade deve ser analisada. Ou seja, os valores estampados nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil devem servir de rumo a ser seguido por tal instituto, bem como tais preceitos devem ser aplicados imediatamente sobre a pena privativa de liberdade.

Dessa forma, a pena privativa de liberdade não contribuir para a construção, de qualquer forma que seja, de uma sociedade livre, justa e solidária, esta deverá ser repudiada. Não há como entender que referida pena está sendo eficaz, atingindo, por conseguinte, sua finalidade em um Estado Democrático de Direito, caso ela agrida a cidadania ou viole de qualquer maneira o indivíduo em sua dignidade.

A pena privativa de liberdade contribui para o aumento da pobreza ou da marginalização? Sendo a resposta positiva, então não é uma pena útil para a construção do Estado que se espera. E a discriminação? A pena privativa de liberdade incentiva a discriminação ao invés de combatê-la? Então esta pena deve ser redefinida. E quanto às garantias fundamentais? Estão sendo fortalecidas ou violadas com a manutenção dessa pena da forma como se encontra?

⁸ Constituição Federal, artigo 4º.

Se enquanto estiver preso o cidadão é submetido a tortura, tratamento desumano ou degradante, então a aplicação da pena está equivocada. Não é isso que o Estado quer.

Deve ser lembrado que as leis que definem a pena privativa de liberdade devem fundar-se no poder emanado do povo. Tais leis devem estar de acordo com os fundamentos estabelecidos pela Constituição Federal, respeitando acima de tudo sua soberania. Conseqüentemente, o Brasil não pode sofrer ingerência externa de outros Estados, a não ser, em certa medida, em caso de descumprimento de convenções e tratados internacionais.

Prosseguindo, a pena privativa de liberdade não pode aniquilar eternamente a cidadania do indivíduo encarcerado devendo ainda, de alguma forma incutir na mente do condenado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, para que, ao sair do cárcere, torne-se alguém produtivo para o Estado, deixando de ser um ente pernicioso ou dependente de projetos sociais e, acima de tudo, exaltar, preservar, respeitar, implementar tudo que diga respeito à *dignidade da pessoa humana*.

O Estado Democrático de Direito também é compromissado com as garantias fundamentais e, aquilo que vem insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, o qual revela a vontade que o Brasil nessa matéria, e que será estudado detidamente mais adiante.

Por fim, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica de 22/11/1969, da qual o Brasil é signatário – aprovada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 06/11/1992, no Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito e tendo compromissos assumidos na ordem internacional, em respeito aos tratados assinados, a pena privativa de liberdade deve ter como finalidade principal a reforma e a readaptação social dos condenados⁹.

Como membro na comunidade internacional, à República Federativa do Brasil é de suma importância o respeito aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. A observância destes tratados não faz do Brasil um Estado Democrático de Direito, entretanto, por ser um Estado com essas características, optou-se por ser signatário de alguns, pois contribuem para o fortalecimento da Democracia.

Nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁰ observa-se claramente a opção de integrar ao seu ordenamento jurídico os direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais. Irretocável o magistério de Piovesan (2007, p. 40) neste ponto:

⁹Artigo 5.6: “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

¹⁰ Dispõem, respectivamente, os parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e “Os tratados e convenções internacionais

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Imperioso valer-se do óbvio neste tema: se o Brasil é signatário de um tratado ou convenção, deve, necessariamente, cumprir sua parte no acordo, invocando-se o brocardo *pacta sunt servanda* e o princípio da boa fé. É, aliás, o que dispõe a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” e “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado”. É neste sentido, o magistério de Piovesan (2007, p. 46), “Enfatize-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los”.

Conclui-se, portanto, que a meta a ser estabelecida para a pena privativa de liberdade deve ser muito maior que aquelas estabelecidas pelas finalidades comumente invocadas às penas, quais sejam, a ressocialização, a retribuição, a prevenção geral, a prevenção especial. O problema que o Brasil nos próximos anos deverá enfrentar, é que as finalidades não estão sendo atingidas, nem as tradicionalmente aceitas, muito menos aquelas que devem ser almejadas segundo a sistemática encontrada na Constituição Federal de 1988. Isto não pode persistir.

Aliás, os objetivos da pena, tradicionalmente aceitos, devem ser vistos como o mínimo a ser alcançado, mesmo porque, tendo-se os objetivos tradicionais como alvos, não se chegou a eles desde o início deste tipo de segregação social. Defende-se que, estabelecendo metas altas, utópicas, até mesmo inacessíveis, seja alcançado este mínimo almejado.

A pena privativa de liberdade, como tudo no país, deve cumprir sua função social, contribuir para a construção do Estado Democrático de Direito, tal qual previsto nos artigos da Constituição Federal, bem como nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil for signatário.

Pensar diferente é defender a ideia de que todas as áreas da sociedade, educação, saúde, tecnologia, ciência, política, economia, transporte, saneamento básico, segurança, tudo,

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

absolutamente tudo, deve contribuir para o fortalecimento dos princípios e objetivos fundamentais, menos a pena privativa de liberdade que pode ‘jogar contra’ estes princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Como a democracia da República Federativa do Brasil é nova, necessário se faz iniciar o quanto antes debates, alterações legislativas e programas de transformação da pena privativa de liberdade para que, dentro de alguns anos ou décadas, a pena privativa de liberdade possa auxiliar na construção de um Estado Democrático de Direito forte e igualitário.

2.2 A Pena privativa de liberdade e o princípio da fraternidade

A Constituição Federal ainda prescreve em seu artigo 3º, inciso I, que o Estado brasileiro tem como um de seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, em nítida alusão aos postulados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a prisão deve ser analisada sob o prisma destes pontos para contribuir para que a sociedade seja livre, justa e solidária.

A justiça relacionada à privação da liberdade será vista no último capítulo deste trabalho. A liberdade será analisada no tópico 2.3. Neste momento será analisada a fraternidade, ligando-a com a pena privativa de liberdade.

Sabe-se que o lema da Revolução Francesa “liberdade, igualdade, fraternidade” influenciou sobremaneira a democracia ocidental, a formação dos Estados modernos, bem como a democracia. Dos três postulados do lema citado, um, aparentemente, não guarda relação com o mundo do direito: a fraternidade.

Parece que a fraternidade está mais ligada à moral do que ao campo jurídico. Ou seja, segue às regras da moral e seu desrespeito, como preleciona Reale (2002, p. 46), leva a sanções morais e não jurídicas, posto que a violação da regra moral não é passível de coação, antes, somente de sanções morais, por exemplo, o desprezo. A falta de fraternidade encaminha o faltoso, no máximo, à demonstração pública de repúdio pelo seu ato, nunca a uma sanção jurídica.

Fraternidade remete à ideia de irmandade. Conforme se vê no dicionário, fraterno é aquilo que é relativo ou próprio de irmão. Tratar um instituto jurídico sob a ótica da fraternidade é dizer que, antes de aplicar este ou aquele instituto, deve-se ter em mente que ele deverá ser criado e aplicado aos irmãos. A fraternidade leva, portanto ao entendimento de que

todos são irmãos por pertencerem a determinado grupo: religioso, empresarial, esportivo, familiar, étnico, nacional etc.

Ponto chave do estudo, como afirmado acima, do tema é a Revolução Francesa, posto que em seus meandros foi enaltecida a fraternidade com base na premissa de que todos os homens são iguais em dignidade. Os direitos de primeira, segunda e terceira geração (ou dimensão), estão intimamente ligados ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A questão das gerações dos Direitos Fundamentais é exposta de maneira clara por Bernardi (2003, p. 34):

Fala-se em “gerações” porque, em momentos históricos distintos da cadeia evolutiva da sociedade, surgiu a tutela de novos direitos. Todavia, o emprego do termo “gerações” não significa que a subsequente exclui a anterior; na verdade as gerações de direitos fundamentais se completam, sem que o surgimento de uma nova seja responsável pela extinção da que a precede.

Continua o autor distinguindo cada uma das gerações, sendo a primeira, também denominada de “direitos negativos”, aquela ligada às liberdades, podendo o indivíduo opor tais direitos contra o Estado. Na segunda, encontram-se os direitos sociais, culturais e econômicos, assumindo nesse contexto o Estado uma “função promocional”, visando a igualar os indivíduos da sociedade. E na terceira, os direitos da solidariedade, tendo como destinatários toda a coletividade, exemplificando com o direito à paz, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade, arrematando sobre a última geração que “a essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a *fraternidade*, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos seres humanos”. (BERNARDI, 2003, p. 35-36). Construir uma sociedade livre, justa e solidária é o objetivo do Brasil. Homenageia-se, portanto liberdade, igualdade e *fraternidade*.

Sob a organização de Antonio Maria Baggio, no livro intitulado “O Princípio Esquecido/2 – exigências, recursos e definições da fraternidade na política”, a fraternidade é tratada em uma série de textos por alguns autores.

“O princípio esquecido” parece não haver designação melhor para se tratar a fraternidade no âmbito jurídico. Esquecido, tendo-se em vista que da tríade da Revolução Francesa, *Igualdade, Liberdade, Fraternidade*, este último é o que menos se consegue relacionar aos institutos jurídicos dos diversos ramos do direito, iniciando-se pela lei máxima da República Federativa do Brasil, sua Constituição Federal.

No *caput* do artigo 5º, a Carta Magna apresenta a igualdade de forma explícita, equiparando perante a lei todos os seres humanos, vedando qualquer distinção que possa levar à discriminação. No mesmo *caput*, novamente a igualdade é mencionada, atribuindo-lhe um aspecto de inviolabilidade, e, linhas abaixo, no inciso I, mais uma vez é invocada para apresentar qual é a condição de mulheres e homens na ótica constitucional. Outros tantos artigos e incisos da Carta Magna enaltecem a igualdade.

Do mesmo modo, a liberdade é protegida como bem extremamente caro ao cidadão. As frentes de proteção à liberdade podem ser divididas da seguinte maneira: liberdade de pensamento; liberdade de expressão coletiva; liberdade de ação profissional e liberdade de ir e vir.

Observa-se que igualdade e liberdade ligam-se facilmente ao mundo jurídico. Não há qualquer dificuldade em compreender que uma lei garanta o direito de todos terem acesso à saúde de forma equânime. Da mesma forma, leis que defendam a liberdade de imprensa, o direito de ir, vir e ficar, bem como a defesa jurídica da liberdade de culto são bastante compreensíveis no mundo do direito. O mesmo não ocorre com a fraternidade.

Forçoso concordar que a fraternidade ficou adstrita ao mundo religioso como se dissesse respeito a algo transcendente e somente viável no contexto sacro, impensável na vida secular. É fato: a fraternidade foi renegada de diversas áreas da relação humana, principalmente a jurídica.

Mas deveria ser diferente. A fraternidade diz respeito às relações dos indivíduos de forma recíproca. É o princípio que pode tornar efetivas a liberdade e a igualdade. A recuperação e efetiva aplicação do princípio da fraternidade é algo emergencial, tendo em vista o momento filosófico social no qual a humanidade está imerso, que preza, sobretudo, pelo individualismo. Mas isso desde que se saia do âmbito exclusivamente espiritual e religioso, e se traga a fraternidade para a política, economia, campo jurídico, e, no caso em comento, à pena privativa de liberdade. Necessário, portanto, alterar-se a situação atual e fazer da fraternidade um princípio sempre aplicado, lembrado, falado, discutido, homenageado e vivido. É neste sentido, aliás, o magistério de Lima (2009, p. 71):

Como foi dito, o conceito de fraternidade apresenta conotações fortemente religiosas, e sua riqueza esvai-se ao limitá-lo à contribuição espiritual. [...] Mas é possível e desejável estender o conceito às demais ordens, permitindo uma contribuição específica de cada uma. [...] a fraternidade – assume agora uma importância inédita, desde que se superem as limitações da conotação exclusivamente religiosa.

É importante lembrar-se da fraternidade uma vez que ela leva ao crescimento conjunto da coletividade. Remetendo a fraternidade aos direitos e garantias de terceira geração, rechaça-se tudo que não visa ao crescimento conjunto da coletividade e que se opõe ao que é fraterno, pois a ideia de que somos todos pertencentes a uma mesma família, por conseguinte irmãos, em verdade diz de forma diferente que todos somos iguais. Como iguais, e pertencentes a uma só família, devemos buscar o bem comum constantemente, objetivando atingir a dignidade mínima que atenda todas as necessidades humanas para todos.

O mundo é dos espertos, e bom é levar vantagem em tudo, certo? Errado. O mundo é de todo mundo, e quem teve mais oportunidades do que os outros deve viver de maneira solidária e distribuir riquezas, para que a dignidade humana seja resgatada na dinâmica da cooperação que constrói uma sociedade em que ninguém fica em desvantagem (KIVITZ, 2003, p. 31).

É equivocada a ideia de se ter como fim último da jornada humana o interesse pelos bens materiais. O lógico seria que todos pensassem em agir de forma fraterna, pois todos os homens estão na mesma situação e aceitar o outro como ele é, deveria ser o fim último de cada homem. Para tanto, faz-se necessário uma análise da evolução do conceito de pessoa no transcurso da história, concluindo-se que a dignidade da pessoa humana, a possibilidade de encarar o ser humano como um fim em si mesmo, tornando-o, por isso, merecedor do mesmo respeito que cada um exige para si (LIMA, 2009, p. 79-80).

A consequência prática da vivência em fraternidade é o aperfeiçoamento do homem. Para tanto, deveria o ser humano viver o preceito do respeito, que nada mais é do que a máxima do cristianismo ‘fazer com os outros o que se quer que faça consigo mesmo’. Estas palavras de Jesus Cristo encontram-se registradas no Evangelho de Mateus, no capítulo 7, versículo 12, as quais se deram ao final de seu mais famoso discurso, *O Sermão do Monte*. O versículo, na Nova Versão Internacional, aparece com a seguinte redação: “Assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles lhes façam: pois esta é a Lei e os Profetas” (BÍBLIA, 2000).

Ter em mente a fraternidade em cada decisão que se tome em grupo, parece ser a opção mais lógica para preservação e desenvolvimento de qualquer grupo em particular e da humanidade de um modo geral.

Deve-se ter em mente a fraternidade pois ela nos remete aos direitos de terceira geração e, se a liberdade é um direito de primeira geração, a prisão deve ser vista como pertencente à terceira, pois muito interessa à coletividade.

Quando um cidadão é preso, a coletividade fica privado de sua presença. Deve-se analisar se isso é bom ou mau. Ainda, após o período na prisão, como voltará o cidadão para o convívio social? Necessário, portanto, ser vista a prisão como instituto cujo maior interesse está atrelado à coletividade.

Sendo a fraternidade um valor universal, deve ser aplicada também à pena privativa de liberdade. Essa forma de segregação social do indivíduo não é contrária à nova ordem constitucional implantada no Brasil a partir de 1988, posto que este tipo de pena vem expressamente previsto no inciso XLVI, 'a', do artigo 5º da Constituição Federal que trata justamente dos direitos e deveres individuais e coletivos. É, portanto, legitimada pela ordem constitucional, privilegiando o princípio da segurança pública.

Ideias como a do abolicionismo penal devem ser rechaçadas, bem como afirmações de que a pena privativa de liberdade é contrária ao Estado Democrático e de Direito. Pelo contrário, a pena privativa de liberdade é necessária à implantação dos objetivos fundamentais do Estado, bem como ao seu desenvolvimento, na medida em que se segregue, por tempo determinado, e observando uma série de princípios e garantias ao encarcerado, possibilitando seu retorno ao convívio social.

Imaginemos que uma pessoa seja condenada por uma série de crimes e tenha que cumprir uma longa pena privativa de liberdade. Isso significa que, a partir de então, ela será olhada pelo público como criminosa, perderá o trabalho e a renda, dever-se-á separar do cônjuge e dos filhos, suas ações e omissões no estabelecimento penal serão regulamentadas desde a manhã até a noite, até mesmo os prazeres mais habituais (ir a um bar, ver televisão, dirigir) ser-lhe-ão negados. A imposição de uma pena privativa de liberdade é, portanto, a intervenção mais forte na liberdade do indivíduo autorizada ao Estado pelo ordenamento jurídico, que muitas vezes, assombra toda a vida subsequente do condenado (ROXIN, 2007, p. 4).

Por atentar e transtornar tanto a vida do cidadão, durante e após o cumprimento da pena, este instituto deve ser analisado no contexto da fraternidade, encontrando-se, assim, a forma mais condizente de sua aplicação sem a violação à dignidade da pessoa humana.

De um lado se vê o princípio da segurança sendo invocado em face da crescente onda de criminalidade que amedronta a sociedade, acompanhada da sensação de impunidade. Do outro lado surge a premente necessidade de se enfrentar a questão carcerária. Nesse contexto, pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade não deixará de ser aplicada tão cedo. O debate, aliás, não gira em torno da extinção ou continuidade desse meio de segregação social. O que se defende é que essa pena existente seja aplicada tendo como princípio vetor, também,

a fraternidade, uma vez que a liberdade e a igualdade já são observados (ao menos em tese, na letra da lei).

Crime é um fenômeno social. O Direito, de igual modo também é um instrumento que existe somente no contexto de uma sociedade. Desse modo, tem-se que o crime é a violação do Direito e o Direito utiliza-se de alguns instrumentos para coibir o crime, em um ciclo interminável. Defende-se a ideia deste ciclo tornar-se virtuoso. Vale dizer, para trazer virtude e crescimento ao Estado, deve ser unvida a pena privativa de liberdade com a fraternidade. Em outras palavras, quando não se observa a fraternidade quem é esquecido é o cidadão que foi submetido à pena privativa de liberdade, isso não é bom para a coletividade. Nesse sentido, Bittencourt (1973, p. 86) afirma que “ainda hoje, nos portões dos presídios parece estar inscrito o mais profundo dos versos de DANTE – *lasciate ogni speranza o voi che entrate*”.

Na realidade brasileira, é possível se observar que uma série de políticas adotadas ao longo dos anos tem cunho egoístico. Isto é perceptível na economia, tendo em vista a quantidade de pessoas pobres ou vivendo abaixo da linha da miséria, havendo concentração de rendas nas mãos de pequeno número de indivíduos. Tais medidas podem ser observadas também na quantidade de meninos nas ruas, filas nos pronto-socorros etc.

Reduzindo o campo da análise, para o tema deste trabalho, é patente que há muito tempo a maneira como vem sendo executada a pena privativa de liberdade no Brasil é contrária aos princípios constitucionais e universais que primam pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à fraternidade. Superlotação, falta de higiene, guerra entre grupos rivais, ócio, falta de revisão das penas, ausência de programas que efetivamente possibilitem a ressocialização são alguns aspectos que demonstram os graves problemas deste tipo de pena.

Trazer a fraternidade para a pena privativa de liberdade pode parecer algo utópico, surreal e intangível. Contudo, o fato da fraternidade ser um princípio *esquecido* pelo mundo jurídico, não significa que seja um princípio *inacessível* ao mundo jurídico.

Em verdade, crê-se ser possível tal proeza. Inicialmente, para tornar a pena privativa de liberdade algo fraternal, devem ser implantadas políticas que possibilitem a aplicação efetiva dos direitos e garantias previstas na Lei de Execução Penal, tornando-a mais condizente com a realidade econômica e social do Brasil.

Em seguida, deve-se dar máxima efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual previsto no texto constitucional, bem como demais preceitos relativos à pena privativa de liberdade constante na Constituição Federal. Concomitantemente, devem ser

respeitados os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e que digam respeito à pena privativa de liberdade.

Por fim, patrocinar alterações legislativas que possibilitem tornar o Direito Penal a *ultima ratio* para o combate de condutas perniciosas à sociedade e, dentro do Direito Penal, ser a pena privativa de liberdade a *ultima ratio* dentre as possibilidades de sanções existentes. Vale dizer, a *ultima ratio* da *ultima ratio*, a pena subsidiária do ramo do direito subsidiário. Assim, deverá o legislador descriminalizar uma série de condutas, levando sua solução para o âmbito de outros ramos do Direito e possibilitar uma maior aplicação de institutos como a Transação Penal, Composição Civil, Suspensão Condicional do Processo e Suspensão Condicional da Pena.

Já com relação aos crimes graves, para os quais deve ser atribuída a privação da liberdade, deverá a prisão ser feita de forma rápida e eficiente, possibilitando a ressocialização e prevenindo a prática de novas infrações, respeitando-se, por óbvio, a dignidade da pessoa humana, devendo cumprir com sua função social para ser legítima no Brasil sob a égide da atual Constituição Federal.

Os altos custos do Direito Penal devem ser sempre justificados pela realização de algo socialmente construtivo. As disposições de um Direito Penal de índole humanitária devem considerar a responsabilidade da sociedade para com o delinqüente, de modo a estabelecer a assistência necessária e suficiente para sua reinserção social, pois desse modo é que se satisfaz o interesse público (ROCHA, 2007, p. 34).

O objetivo não é premiar os criminosos, beneficiar delinquentes ou favorecer infratores, mas fazer com que o cárcere tenha alguma função social real, pois a impressão que se tem é que a pessoa submetida à pena privativa de liberdade, ao adentrar os muros de um presídio, deixa de ser um brasileiro, não é mais problema do cidadão de bem, enfim, como perdeu o direito à liberdade não é mais igual aos demais cidadãos que estão do lado de fora, em última análise, não é mais um irmão. Nada mais desumano e nocivo à coletividade.

A humanidade, no atual estágio de evolução em que se encontra, clama por institutos mais humanos. A fraternidade é o caminho para se atingir esse objetivo. A pena privativa de liberdade, como proclamado por muitos, encontra-se falida, sendo ineficaz para alcançar os objetivos para os quais foi criada. Um dos meios para tornar esta pena um instituto eficaz, é submetê-la aos ditames da fraternidade, aceitando aqueles que estão nos presídios como irmãos, estendendo as mãos para que eles sejam submetidos a condições dignas com sua condição de seres humanos.

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem muito o que fazer para poder, em um futuro não muito distante, abrir os portões de seus presídios e mostrar a todos que aqui brasileiro é tratado com dignidade, mesmo que dentro do cárcere.

2.3 Conflito entre direitos e garantias fundamentais: liberdade e prisão

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como ‘cidadã’, privilegia de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro os direitos fundamentais, ficando patente tal afirmação, bastando para tanto a simples leitura do artigo 5º da Constituição Federal localizado no início da Carta Magna.

Tais direitos não são recentes, uma vez que podem ser encontrados de uma forma ou de outra em vários documentos históricos como na Magna Carta de João sem Terra de 1215, e no documento fruto da Revolução Francesa de 1789 (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 151).

Os direitos insculpidos no artigo 5º visam à defesa do cidadão contra possíveis desmandos do Estado, limitando, pois, o poder deste último, o qual poderia, de forma desproporcional, embaraçar liberdades do indivíduo.

Patamares extremamente elevados de manifestações de respeito à dignidade da pessoa humana são encontrados no artigo 5º da Constituição Federal que traz em seu bojo os *direitos e garantias fundamentais*. Esta expressão denota uma série de bens da vida que devem ser entregues a qualquer cidadão, posto que essenciais, necessários ou *fundamentais* para que sua existência como ser humano seja digna, uma vez que o objetivo central da Constituição Federal é justamente o alcance por parte de todos do mínimo necessário para uma existência digna.

Os direitos fundamentais positivados em um texto, expressam a consciência que o Estado brasileiro tem de que é não só necessário, mas imprescindível a proteção de certos bens. Estes bens, aliás, devem ser assegurados, independentemente das condições pelas quais passam o país. De igual modo, os direitos fundamentais apresentam limites intransponíveis juridicamente, ou seja, não se pode violar o conteúdo do artigo 5º da Constituição Federal por meio de leis, ou mesmo emenda constitucional, ainda que haja maioria ou unanimidade nas duas casas do Congresso Nacional, apoio popular ou desejo político do governo.

Embora tenham a denominação de fundamentais, verifica-se que nem tudo que se encontra estampado no artigo 5º da Constituição Federal foi plenamente implantado, bem

como não atinge a todos os cidadãos brasileiros. Apesar de vários anos terem se passado, constata-se que entre a lei e a realidade há um abismo a ser transposto.

Além disso, estes direitos assegurados pela Constituição Federal não são absolutos, podendo, muitas vezes, ser limitados pelo próprio texto constitucional, emergindo daí um conflito entre os direitos, o qual, de início, é aparentemente intransponível. É o que ocorre com a liberdade de ir e vir, amplamente assegurada no artigo 5º e a possibilidade da segregação social advinda da imposição pelo Estado de uma pena privativa de liberdade, pena esta que também vem estampada no mesmo artigo 5º. Nesse caso, deve-se analisar a consequência jurídica e social na observância de um em detrimento do outro.

Como os direitos mencionados são igualmente assegurados ao cidadão, deve ser escolhida uma forma para harmonizar o sistema jurídico a fim de não se sacrificar por completo qualquer dos direitos em questão. Neste momento, o presente trabalho analisará os caminhos jurídicos escolhidos pela República Federativa do Brasil para atingir tal harmonia.

2.3.1 A liberdade do cidadão e os direitos e garantias fundamentais

Hodiernamente é próprio das constituições escritas das nações democráticas constarem de seu bojo rol de direitos do homem visando a estabelecer limites ao Estado, conforme se encontra no artigo 2º da Declaração de 1789: “O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem”.

Sob a rubrica de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, positiva benesses direcionadas ao cidadão, as quais são verdadeiras conquistas do homem no decorrer da história. Aliás, história, filosofia, sociologia e outras disciplinas contribuem para uma melhor compreensão do que venha a ser esses direitos e garantias fundamentais (ALEXY, 2006. p. 31).

Preleciona Canotilho (1998, p. 393) a respeito dos Direitos do homem e os Direitos fundamentais, explicando que

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os

direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (GRIFOS NO ORIGINAL).

De qualquer forma, o que se vislumbra é a opção do legislador constituinte de 1988 em explicitar no início da lei fundamental, logo no artigo 5º, direitos do homem relacionados a uma série de aspectos de sua realidade no convívio social e em seus diversos incisos, reconhece que os cidadãos da República Federativa do Brasil fazem jus à proteção de certos bens caros a qualquer ser humano, os quais, no decorrer da história, com o impulso dado pelo cristianismo, foram reconhecidos como inerentes a todo ser humano. Tendo-se, pois, tais direitos positivados, geram a segurança no cidadão de sua preservação, podendo ser opostos contra o Estado, e este deve fazê-los prevalecer, mesmo que se voltem contra o próprio Estado.

Cabe ainda ressaltar que apesar de nem todos os direitos fundamentais estarem descritos no artigo 5º (conforme se depreende do parágrafo 2º de referido artigo), é imperioso lembrar o óbvio, tudo o que se encontra expresso em referido artigo é direito ou garantia do cidadão. Tanto é direito do cidadão a liberdade de locomoção, tal qual descrito em diversos incisos, quanto a possibilidade de imposição de uma pena privativa de liberdade sobre o indivíduo, pois esta possibilidade também está prevista no artigo 5º, no inciso XLVI, devendo um harmonizar-se em relação ao outro.

Os direitos e garantias fundamentais, portanto, nascem em decorrência da necessidade de defesa do cidadão em face do Estado, podendo ser conceituados como o conjunto institucionalizado de bens da vida do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à dignidade por meio de proteção contra o arbítrio do poder estatal e, de um modo geral, têm como características serem abstratos, naturais, imprescritíveis, inalienáveis, individualidade, universalidade (FERREIRA FILHO, 2008, p. 22).

O ponto chave é que a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tomou como opção respeitar os Direitos Humanos positivando-os em sua Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, chamando-os de Direitos e Garantias Fundamentais.

Sobre a liberdade do cidadão, vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal tratam do tema, limitando o poder do Estado, impedindo que este aja de maneira arbitrária, com ingerência desproporcional sobre a possibilidade de ir, vir ou permanecer do cidadão, conforme breve análise a seguir.

Usufruindo o Brasil de tempo de paz, não pode o cidadão ser embaraçado em sua liberdade pessoal, ou seja, a locomoção no país é livre nestas circunstâncias (XV). Também, a prisão deve ser reservada somente para os casos atinentes ao Direito Penal, ficando a prisão por dívida civil adstrita, tão somente, para os casos de inadimplemento voluntário de dívida alimentícia ou no caso de depositário infiel (LXVI). Entretanto, caso o Estado insista em atingir a liberdade do indivíduo, fora dos casos expressos em lei, ao cidadão é assegurada a impetração e apreciação do *habeas corpus* (LXVIII), além do que a prisão ilegal será relaxada por ordem judicial (LXV). E, mesmo não sendo caso de *habeas corpus*, ou estando o ato praticado pelo cidadão tipificado como infração penal, este não será levado, ou não permanecerá na prisão, caso haja possibilidade legal de liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI).

Em se verificando um caso previsto em lei passível de prisão, esta somente poderá se dar em estado de flagrância, ou se houver ordem judicial escrita nesse sentido, respeitando-se a chamada cláusula de reserva jurisdicional (LXI), e mesmo assim, a prisão e o local onde se encontrar deverão ser comunicados à autoridade judiciária competente para análise da regularidade da privação da liberdade, bem como à família do preso (LXII), sendo ainda assegurada ao cidadão a identificação do responsável por sua prisão (LXIV).

Falou-se até este momento de prisão cautelar, contudo, a Constituição Federal, em defesa da liberdade do indivíduo, também regulamenta a prisão pena, a qual, para ser concretizada, deverá observar uma série de preceitos constitucionais, a começar pela humanização da pena, nos termos do inciso III, deixando claro que qualquer pena imposta a um cidadão, deve prezar pela humanidade, ou seja, deve responder à seguinte pergunta: o que é tolerável para qualquer ser humano? É uma pergunta subjetiva, com conteúdo vago, entretanto, o próprio inciso em comento já apresenta dois parâmetros a serem analisados quando o tema é pena privativa de liberdade, que é a tortura e o tratamento degradante. Tortura, nos termos do artigo 1º da Lei 9.455 de 1997 é constrangimento com o emprego de violência ou grave ameaça que cause sofrimento físico ou mental. Tratamento degradante é aquele que avilta o indivíduo em sua dignidade.

Já o inciso XXXIX apresenta como princípio vetor para a imposição de qualquer pena, a legalidade, observando-se a anterioridade e a reserva legal. A legalidade é uma das maiores conquistas da humanidade em termos jurídicos e principalmente em matéria penal. Ter um parâmetro, por meio do qual se sabe o que é permitido e proibido, ter a tranquilidade de não se ver pego de surpresa em face dos caprichos do soberano, que a qualquer momento poderia vir a incriminar determinada conduta, ou impor esta ou aquela pena sem se saber o

que se pode ou não fazer, ou se a consequência da conduta será esta ou aquela, enfim, a legalidade é sinal da evolução do pensamento jurídico da humanidade. Sobre a legalidade, mais será falado no capítulo 3.

Ao indivíduo, enquanto preso, é assegurado o respeito à sua integridade física e moral (XLIX), bem como, sendo mulher, será respeitada a maternidade, privilegiando-se, assim, o aleitamento materno (L). Tal preceito privilegia em verdade a criança, a qual não deve pagar pelo erro da mãe, posto ser necessário para o desenvolvimento saudável a ingestão de leite materno, bem como o contato proporcionado por tal prática.

Deve ser lembrado ainda que para a efetivação da imposição da pena privativa de liberdade, o cidadão deverá ser considerado culpado, o que se dará somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII), e esta deve ser prolatada por autoridade competente (LIII), observando-se o devido processo legal (LIV), sendo assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa (LV), ou, no caso de crime doloso contra a vida, a *plenitude* de defesa (XXXVIII ‘a’), e, comprovando-se sua pobreza, será ainda fornecida pelo Estado assistência judiciária gratuita (LXXIV).

E, caso haja alguma injustiça na prisão ou no tempo desta, caberá àquele que foi submetido à pena privativa de liberdade indenização (LXXV).

Ainda se encontra a impossibilidade jurídica da transferência da pena da pessoa do condenado para outro em respeito ao princípio da intranscendência ou da pessoalidade (XLV).

Observando-se o princípio da individualização da pena estampado no inciso XLVI, a pena privativa de liberdade será aplicada analisando-se caso a caso, tendo-se em mente as peculiaridades de cada indivíduo, nos termos propostos pelo artigo 59 do Código Penal.

Ao indivíduo, enquanto preso, é assegurado o respeito à sua integridade física e moral (XLIX), vale dizer, em sendo imposta uma pena privativa de liberdade ao indivíduo, nada lhe pode ser retirado além de sua liberdade de ir e vir. Punições corporais e degradação de sua moral estão descartadas.

A prisão somente se efetivará após ordem por escrito de autoridade judiciária, respeitando-se a chamada cláusula de reserva jurisdicional (LXI). Não pode ser esquecido que caso haja alguma injustiça na prisão ou no tempo desta, caberá àquele que foi submetido à pena privativa de liberdade indenização (LXXV).

Por fim, há ainda previsto de forma implícita na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade, o qual norteia vários ramos do direito, inclusive o direito penal, mormente a aplicação da pena privativa da liberdade. Basicamente, este princípio pode ser entendido como sendo aquele que “preconiza que no caso concreto, quando estiverem contrapostos dois

direitos dignos de tutela, deve ser feito um balanceamento dos valores presentes” para se saber qual deles deve prevalecer, quando um dos direitos envolvidos deve ser suprimido em detrimento de outro, devendo ser feita ponderação dos direitos ou bens jurídicos, conforme a importância que cada um tenha no caso concreto (WU, 2006, p. 12).

Em relação à privação da liberdade, deve ser observado pelo legislador para saber se é proporcional ou razoável que se imponha para determinada conduta a privação da liberdade. Já o julgador, ao caso que lhe é submetido, em sendo caso de condenação, deve ponderar se o acusado deve ser submetido à privação da liberdade, e em sendo o caso, qual a quantidade da privação, bem como em qual regime deverá iniciar o cumprimento da pena, tudo com base no princípio da proporcionalidade.

Portanto, analisando todos estes incisos estampados no artigo 5º da Constituição Federal, fácil notar que a República Federativa do Brasil cerca de vários lados o cidadão, objetivando preservar sua liberdade, evitando que esta seja restringida, a não ser em casos excepcionais.

Observar estes preceitos é mínimo para a aplicação de uma pena privativa de liberdade de forma justa, constitucional e democrática. Estes são, em linhas gerais, os postulados do garantismo penal para a prisão.

2.3.2 A privação da liberdade como garantia fundamental

O “caput” do artigo 5º da Constituição Federal faz menção tanto à liberdade quanto à segurança. Ambos direitos, então, são de suma importância para o Estado brasileiro. Cabe portanto, analisar os dispositivos positivados na qualidade de direitos e garantias fundamentais, relacionados à segurança do cidadão.

A pena privativa de liberdade vem descrita no inciso XLVI, alínea ‘a’, do artigo 5º da Constituição Federal. Sua localização exatamente nessa alínea traz à luz uma série de implicações sobre o instituto na nova ordem constitucional inaugurada em 1988, pois este tipo de pena não surgiu no Brasil a partir do novo texto constitucional. Há séculos a pena privativa de liberdade é aplicada no país, porém, somente a partir de 1988, sua previsão se localiza dentre os direitos e garantias fundamentais.

A disciplina da pena, por estar inserida no artigo 5º do texto constitucional, eleva a discussão para o patamar de direitos e garantias fundamentais asseguradas ao cidadão. Ao analisar a pena por esse prisma, pode-se afirmar que o Estado não pode criar indistintamente

penas novas a cada dia. Ao contrário disso, poderá criar outras, excetuando-se as de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, entretanto, pena privativa de liberdade deve criar e aplicar (XLVI).

Parece contraditório: como algo que tira a liberdade do indivíduo pode ser tido como direito do cidadão? A justificativa para privar a liberdade de alguém só pode ser sustentada lembrando que outra garantia está sendo privilegiada, garantia esta que diz respeito à coletividade em detrimento do bem individual: a segurança pública.

A privação da liberdade pode ser entendida como manifestação da segurança pública, em primeiro lugar porque é assegurado a todo cidadão, conforme o “caput” do artigo 5º a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, e quando um cidadão viola qualquer destes direitos assegurados a todos, deve ser privado da liberdade.

Bem como pode ser entendida também como manifestação da segurança pública por ser, em muitos casos, a consequência lógica da atuação das diversas polícias nas atividades de prevenção, repressão, investigação, vigilância de fronteiras e polícia judiciária, tal qual descrito no artigo 144 da Constituição Federal, artigo único do capítulo destinado à segurança pública, sendo a privação da liberdade, também, consequência lógica, em determinados casos, do devido processo legal (artigo 5º, LIV).

Deve ser lembrado que os institutos jurídicos devem sempre ser analisados pelo prisma constitucional, passando pelo princípio genérico da dignidade humana, buscando, ainda, quais princípios específicos, explícitos ou implícitos, do texto constitucional atingem direta ou indiretamente o instituto estudado, devendo as penas ser analisadas e aplicadas tendo os princípios constitucionais como vetor irremovível (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 17).

Assim, analisando todo o sistema constitucional, tem-se que a privação da liberdade somente pode ser considerada como direito e garantia fundamental se aplicada de forma eficiente, pois a pena aplicada, concretiza o *jus puniendi* estatal, estando sujeita aos princípios que vinculam toda a Administração, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*¹¹ (destacamos). Tudo que a administração pública se propõe a fazer traz consequências na esfera jurídica dos administrados, acarretando direitos e obrigações recíprocos. Nesse contexto, o administrado

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios e legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

“no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível” (MORAES, 2002, p. 316).

Sobre tal princípio, Santin (2004, p. 141) manifesta-se da seguinte forma:

A eficiência é uma palavra originária do setor privado que pressupõe uma busca da eficiência em todos os setores da sociedade, apropriada pelo âmbito público, para alcançar um Estado eficiente, marcado por uma administração e serviços públicos eficientes. Na iniciativa privada a noção de eficiência é de mais fácil aferição, porque o “bom resultado” tem relação com o lucro. Uma atividade empresarial é considerada eficiente se é lucrativa. Na esfera pública, a noção de lucro, de bom resultado, deve ser considerada como a boa prestação de serviços públicos, de forma continuada, adequada e com qualidade, para satisfazer o interesse social.

Sendo a administração penitenciária parte da administração pública; está, por conclusão lógica, submetida aos ditames do princípio da eficiência, conseqüentemente, o princípio da eficiência está estritamente ligado à pena privativa de liberdade. É razoável concluir que a maior ingerência do Estado na vida do cidadão seja submetida ao princípio da eficiência para atingir de maneira célere a finalidade almejada.

Se o legislador constituinte diz que deve ser criada tal espécie de pena, está indicando que esta é bem vinda no Estado Democrático de Direito. Como a Constituição Federal não possui letras inúteis, essa pena deverá ser eficiente, nos termos do artigo 37 “caput”, uma vez que os órgãos de investigação, acusação, julgamento e execução da pena, pertencem todos à Administração Pública e “é inadmissível que as atividades e os serviços estatais não sejam eficientes ou não busquem a eficiência” (SANTIN, 2004, p. 134).

A pena privativa de liberdade eficiente é do interesse tanto do Estado quanto do cidadão, pois visa a garantir a segurança pública e o impedimento da prática de novos crimes, ou seja, esse tipo de pena, para o texto constitucional é instrumento legítimo do Estado no combate à criminalidade, contudo, repita-se, deve ser eficiente para ressocializar, prevenir e punir a conduta definida como crime, nos termos do artigo 59 do Código Penal e artigo 1º da Lei de Execução Penal.

Conclui-se que a pena privativa de liberdade constitui-se em direito do cidadão, desde que ela seja eficiente, ou seja, ela deve cumprir o fim para o qual foi criada.

2.3.3 A liberdade do cidadão e a segregação social

A história recente mostra que o Brasil vem de um Estado de exceção. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal houve uma decisão política de tornar o Brasil um Estado Democrático, fazendo com que a democracia permeasse todas as áreas da sociedade.

Com isso, havendo algumas normas que não poderiam ter aplicabilidade imediatamente, o legislador constituinte forjou normas que passaram a ser entendidas como programáticas, as quais visam a tornar os objetivos traçados pelo artigo 3º da Carta Magna em realidade.

Dentre as medidas existentes para se atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão os direitos e garantias fundamentais, sendo que nesse rol encontra-se a prisão¹² como garantia fundamental coletiva, pois é interesse coletivo que haja a segregação daqueles que não tem um bom convívio em sociedade.

De outro lado, é também previsto no mesmo patamar, a liberdade do indivíduo, que também vem prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Entre estes dois direitos surge um conflito de interesses, estando em jogo um direito individual e outro coletivo. A pergunta que se impõe é: sempre o direito coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual? E se o direito individual em conflito envolver a dignidade da pessoa humana?

Lendo, ainda que superficialmente o artigo 5º da Constituição Federal, é possível perceber que os direitos e garantias fundamentais trazem ao mesmo tempo ao cidadão uma espada e um escudo, uma vez que ao mesmo tempo em que traz direito apresenta deveres.

No inciso II, por exemplo, assegura que ninguém será obrigado a fazer nada (direito), entretanto, caso haja uma lei determinando, deverá ser feito (dever); da mesma forma encontra-se no inciso IV que é livre a manifestação do pensamento (direito), entretanto, ao mesmo tempo, no inciso V é assegurado o direito de resposta, além da indenização por dano (dever).

Entretanto, estes direitos assegurados pela Constituição Federal não são absolutos, podendo, muitas vezes, ser limitados pelo próprio texto constitucional, emergindo daí um conflito entre os direitos, o qual, de início, é aparentemente intransponível. É o que ocorre com a liberdade de ir e vir, amplamente assegurada no artigo 5º e a possibilidade da segregação social advinda da imposição pelo Estado de uma pena privativa de liberdade, pena

¹² Art. 5º, XLVI, 'a'.

esta que também vem estampada no mesmo artigo 5º. Neste caso, deve-se analisar a consequência jurídica e social na observância de um em detrimento do outro.

Como os direitos mencionados são igualmente assegurados ao cidadão, deve ser escolhida uma forma para harmonizar o sistema jurídico a fim de não se sacrificar por completo qualquer dos direitos em questão. Devem ser analisados os caminhos jurídicos escolhidos pela República Federativa do Brasil para atingir tal harmonia.

Se com a sociedade aflora o direito, em determinadas violações deste, surge o crime, e em consequência, no momento mesmo em que este ocorre nasce para o Estado o *ius puniendi*, gerando, portanto, um conflito de interesses, pois de um lado se encontra o Estado com sua pretensão punitiva, quando exercerá seu direito de apurar, acusar, julgar e, sendo o caso, condenar o infrator, submetendo-o a uma pena.

Já para o indivíduo, floresce o direito de se defender e permanecer livre. Estado e indivíduo. Direito/dever de punir e direito à liberdade. Para resolver esse conflito o Estado se vale de um instrumento jurídico, qual seja, o Direito Processual Penal, por meio do qual aplica o Direito Penal, observando-se uma série de princípios e normas processuais e constitucionais. Nesse sentido é o magistério de Bitencourt (2009, p. 775):

Com a prática do crime, o direito *abstrato* de punir do Estado *concretiza-se*, dando origem a um conflito entre o direito estatal de punir e o direito de liberdade do indivíduo. O Ministério Público deduz em juízo a pretensão punitiva estatal através da denúncia, que, segundo Damásio de Jesus, é “a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação”.

A situação poderia ser descrita de outra forma ainda. A liberdade é direito do indivíduo, que deve ser respeitada e protegida juridicamente, nos termos descritos acima, conforme disciplinado na Constituição Federal em vários incisos do artigo 5º, sendo, pois, a liberdade do indivíduo a regra, tem-se como exceção a imposição ao cidadão de uma pena privativa de liberdade pela prática de crime e consequente condenação criminal com transito em julgado.

Assim, tem-se que a disciplina constitucional a respeito do *status libertatis* do cidadão seria a liberdade como regra e a prisão como exceção. O Estado viola a liberdade do indivíduo impondo uma pena privativa de liberdade quando, e somente quando, tiver um bom motivo: sentença criminal condenatória com transito em julgado.

Como se observa pelo léxico, liberdade e prisão são expressões antagônicas, consequentemente liberdade do indivíduo e possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade são direitos em conflitos. Tal conflito é resolvido por meio de um instrumento instituído pelo próprio Estado, denominado Processo Penal. Portanto, o Processo Penal é o ramo do Direito que serve de instrumento para resolver um conflito existente entre o direito do Estado soberano e outro direito do cidadão.

Ressalte-se, o conflito é de caráter constitucional, posto que os direitos antagônicos têm este status, mas o instrumento de resolução é processual, o qual, por sua vez, é amparado e legitimado pela Constituição Federal. Quando surge uma situação destas, ou seja, colisão entre dois direitos previstos na Constituição Federal, soluções devem ser buscadas dentro do ordenamento jurídico a fim de legitimar a opção feita pelo Estado.

O Processo Penal é o instrumento por meio do qual se materializa a solução do conflito de interesses, entretanto, qual o fundamento teórico para que este instrumento seja legítimo em um Estado Democrático e de Direito?

2.3.4 Conflitos entre direitos e garantias fundamentais

Inicialmente, deve-se entender que o conflito entre a liberdade do indivíduo e o direito de punir do Estado não é um conflito entre regras, mas sim um conflito entre princípios. Apesar de muitas vezes virem representados como regras, os direitos e garantias fundamentais tem a natureza jurídica de princípios. “Assim, o fato de determinado direito fundamental ter sido, ao menos aparentemente, estabelecido sob o formato de regra, não lhe retira a natureza de princípio, aplicando-se a ele o tratamento próprio de tal espécie de norma” (GUEDES, 2004, p. 01).

Entender os direitos e garantias fundamentais como princípio e não como regra é imprescindível para se chegar a uma solução coerente e justa na aplicação da pena privativa de liberdade, apesar da continuidade da validade dos preceitos atinentes à liberdade do cidadão. Isso porque predomina na doutrina que, havendo conflito entre regras, uma anula a outra, valendo-se dos seguintes critérios: cronológico (a regra posterior revoga a anterior), hierárquico (regra superior revoga a inferior) e da especialidade (regra especial revoga regra geral).

Se os direitos e garantias são regras, dificilmente se chega a um fundamento jurídico satisfatório para legitimar a pena privativa de liberdade em face do direito à liberdade. De

outro modo, encarando os mesmos preceitos como princípios, aplica-se ao caso concreto o princípio mais adequado à situação, por exemplo, a liberdade. Entretanto, em outro caso, pode ser mais apropriado ao caso concreto a aplicação de outro, ou seja, o princípio da segurança pública, sendo necessária a imposição da pena privativa de liberdade.

Isto ocorre porque, ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica se revela quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro (SARMENTO, 2004, p. 52).

Esta solução para o conflito dos direitos e garantias (os quais possuem natureza principiológica) possibilita um justo equilíbrio entre tais princípios, devendo, pois, ser utilizado o critério da ponderação, invocando-se, ainda, o princípio da proporcionalidade, pois, muito embora exista incompatibilidade entre os dois tipos normativos (liberdade e prisão), não se verifica, contudo, antinomia jurídica, uma vez que não ocorre aniquilação de uma norma pela outra, antes, ponderação.

Adite-se, finalmente, que a ponderação de bens não deve ser orientada numa única direção, como ocorre, por exemplo, para os que sustentam a prevalência, como princípio de hermenêutica constitucional, da máxima *in dubio pro libertate*. É indubitável que a liberdade configura um bem jurídico extremamente valioso em nossa ordem constitucional. Mas, na ponderação de bens, ela, assim como qualquer outro bem jurídico, pode eventualmente ceder passagem a outros interesses da comunidade, tais como o de proteção da segurança e da ordem pública (SARMENTO, 2004, p. 57).

Na solução do conflito entre dois princípios, não deve ser descartada a possibilidade da invocação de outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, principalmente o princípio base de toda ordem constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Inicialmente devem ser identificados os princípios em conflito. Em seguida, verificando-se conjuntamente os diferentes grupos de direitos em conflito, analisando todo sistema constitucional, aplica-se o melhor princípio cabível ao caso concreto.

Na evolução da análise dos direitos e garantias fundamentais muitas respostas são encontradas, entretanto outras tantas perguntas se levantam dia a dia. A solução para as questões não são simples, ao contrário, extremamente complexas. Nesse contexto, liberdade e

segurança se confrontam. Se de um lado, comemora-se a conquista da liberdade, do outro clama-se por justiça, punição e garantia de não ser agredido gratuitamente.

Pesa sobre o Estado a incumbência de bem gerenciar o conflito entre estes dois princípios tão caros à sociedade brasileira na atual fase do país: liberdade e segurança pública. Tanto um quanto outro traz consigo dilemas, questionamentos e reflexos na sociedade. A ponderação destes dois princípios é essencial para fazer com que a República Federativa do Brasil trilhe o caminho mais adequado para a construção de uma sociedade solidária, justa e livre de violência.

CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL REVELADOR E A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1. Considerações preliminares

A pena privativa de liberdade possui significados, oportunidade de aplicação e principalmente finalidades. Estas finalidades, entretanto, muitas vezes não são alcançadas. Como visto no capítulo 2, no Brasil, na qualidade de Estado Democrático de Direito, além das finalidades apresentadas pelas teorias da pena, a pena privativa de liberdade deve ainda ter como finalidade fazer concretizar os postulados estabelecidos nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como obedecer aos ditames do artigo 5º da Constituição Federal.

Toda a teoria sobre a pena é utópica. A própria Lei de Execução Penal é admirável. O problema é que a prática diária não acompanha a lucidez jurídica, sendo a prática dissociada da teoria e as finalidades tão nobres estabelecidas pelo texto constitucional, pela Lei de Execução Pena, pelos tratados internacionais e pela doutrina, não são alcançadas, demonstrando-se, muitas vezes, a ineficiência desta sanção estatal.

A consequência, em muitos casos, são os efeitos colaterais já conhecidos e citados neste trabalho, que são a exclusão do mercado de trabalho; a privação do convívio com familiares; o convívio de criminosos ocasionais com outros que tem na criminalidade seu meio de sobrevivência e, ao retornarem ao convívio social, muitas vezes, não estão preparados para o retorno. Difícil, portanto, falar em ressocialização por meio da pena privativa de liberdade, finalidade que deve ser mais almejada pelo Estado.

Por outro lado, em algumas situações a prisão consegue alcançar outras finalidades, as quais colaboram com o progresso da formação do Estado Democrático de Direito. As duas principais são a contenção da prática de novos delitos e a reafirmação de valores éticos e jurídicos da sociedade. Nesses casos, a privação da liberdade deve ser a medida aplicada, pois se apresenta como a melhor opção.

Pela sistemática jurídica brasileira, para que isso se dê, ou seja, para que uma pessoa que praticou um crime seja submetida à prisão, os órgãos dos três poderes devem atuar em suas funções típicas. O poder legislativo prevê uma situação hipotética, a qual, praticada, deverá ter como consequência a privação da liberdade. O judiciário constatando que a situação hipotética imaginada pelo legislativo se configura, julga e aplica a pena. O executivo,

por fim, por meio da administração penitenciária, faz com que efetivamente o cidadão ingresse no sistema penitenciário, inicie e encerre o cumprimento da pena que lhe foi imposta.

No momento de criação da lei, o legislador ao mesmo tempo em que prevê a prisão como sanção para a prática de determinada conduta, fixando uma regra, apresenta exceções para que a privação da liberdade não se dê. Por exemplo, para o crime de furto é prevista a pena de privação da liberdade, contudo se o crime se dá contra determinados parentes de grau próximo, há isenção de pena, em face da escusa absolutória prevista no artigo 181, do Código Penal. Outra situação é verificada na possibilidade de substituição da privação da liberdade por penas alternativas, quando a pena aplicada não é superior a quatro anos, nos termos do artigo 44 do mesmo diploma. Dentre outras situações que podem ser verificadas em vários dispositivos da legislação penal pátria. Sobre o tema, Bitencort (2009, p. 108) diz:

Assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte. Os chamados *substitutivos penais* constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de *desprisionalizar*, além de outras medidas igualmente *humanizadoras* dessa *forma arcaica de controle social*, que é o Direito Penal. [GRIFOS NO ORIGINAL].

Como é sabido, o legislador não é onisciente, não pode prever todas as situações das complexas relações oriundas do convívio social. Muitas vezes o legislador prevê a aplicação da privação da liberdade como regra, sem prever uma exceção, contudo, no caso concreto o melhor não é a aplicação dessa sanção, antes, outras medidas menos agressivas, as quais, não somente para aquele que praticou o crime, mas para toda a sociedade, surge como melhor, posto que outras medidas podem, em alguns casos, apresentar o resultado que a privação da liberdade não apresenta.

Como dito no primeiro capítulo, dentre todas as finalidades da pena, a ressocialização é a mais nobre e a menos alcançada. Deve ser a mais almejada e privilegiada. Se outras medidas que não a prisão podem levar à ressocialização, estas devem ser tentadas. Melhor que estas possibilidades venham previstas em lei pelo legislador, em homenagem ao princípio da legalidade e conseqüentemente, à segurança jurídica. Contudo, isso nem sempre se verifica, uma vez que muitas vezes a privação da liberdade continua sendo a pena prevista para determinados casos, quando deveriam ser previstas outras medidas que não a privação da liberdade.

Então o que se deve fazer com o indivíduo que praticou determinado crime, dar-lhe uma recompensa? Entregar-lhe um prêmio? A resposta é óbvia, não. A questão não é premiar

alguém que descumpriu aquilo que a norma ordenava, contudo, na atual fase do direito penal todo fundamento deve necessariamente ser buscado na Constituição Federal, também deve ser afastada a ideia de castigo. Com a prática da infração penal não se deve premiar pelo óbvio, bem como deve ser rechaçada a ideia de castigar. Deve ser perseguida a ideia de medida mais eficiente no caso concreto.

Se é certo que de um lado o direito penal tal qual existente na atualidade, com suas garantias constitucionais em favor do cidadão submetido a uma investigação ou denúncia, não são suficientes em face de uma nova criminalidade que pratica atos de terrorismo, bem como em relação às organizações criminosas, sendo o direito penal, tal qual posto na atualidade, muito “frágil” para combater os brutais crimes aos quais a sociedade está exposta, a *contrariu sensu*, o mesmo direito penal é extremamente agressivo para o combate de outras condutas.

Em alguns casos, impossíveis de serem vislumbrados pelo legislador no momento da elaboração da lei, a privação da liberdade deve ser afastada, não imposta, repita-se, em benefício da sociedade, não do criminoso, pois no caso concreto a privação da liberdade não se vislumbra como medida mais adequada.

Se o legislador não prevê um mecanismo para afastamento da privação da liberdade, no caso concreto este papel deve ficar a cargo do poder judiciário. É isso que vem sendo verificado atualmente no Brasil. Juízes afastam a aplicação da pena privativa de liberdade, posto que verificado no caso concreto não ser a prisão medida mais adequada.

A pena privativa de liberdade tal qual vem sendo aplicada no Brasil atualmente é perversa. As disposições legais e constitucionais a respeito desta pena, entretanto, são utópicas e inacessíveis. Abolir a prisão do ordenamento jurídico não parece ser a melhor escolha, sendo a privação da liberdade uma realidade longe de deixar de existir na maioria dos países. Como visto no capítulo anterior, dois direitos igualmente necessários para o cidadão e para a coletividade, liberdade e segurança devem ser sopesados constantemente.

A pena privativa de liberdade ideal para o Estado Democrático de Direito não existe. A prisão não consegue atingir de forma eficaz suas finalidades. Como dito neste trabalho, há duas finalidades que pode se dizer que são atingidas de forma minimamente satisfatória: a contenção da prática de novos crimes pelo apenado, expressão da prevenção especial e a confirmação de valores éticos jurídicos, manifestação da prevenção geral. Afora isso, a prisão deixa muito a desejar.

Por esses motivos, a pena deve ser a exceção, não a regra. O operador do direito deve, de todas as formas, utilizar-se dos mecanismos existentes na legislação, tal qual o

sursis, a suspensão condicional do processo, a aplicação de penas alternativas etc., para evitar que a pena privativa de liberdade seja aplicada ao cidadão.

Por conta deste binômio: segurança coletiva e liberdade individual, diariamente o judiciário deve enfrentar a questão de determinar que um cidadão vá ou não para a prisão. O que se tem observado é que, em várias situações que a lei prevê a privação da liberdade em face da violação de determinado dispositivo penal, juízes têm, afastando-se da lei, aplicado princípios e deixado de condenar determinadas pessoas à prisão, em uma postura que inicialmente estaria afrontando o ordenamento jurídico. Seria tal prática legítima?

Com cuidado para não se abrir mão dos aspectos positivos da privação da liberdade, deve-se analisar a melhor maneira para que referida reprimenda seja exceção, não regra, em uma mudança de paradigmas. Mudança esta que deve ser feita não de forma leviana, antes, pautada por elevados valores morais da sociedade (Kivitz, 2008, p. 14).

Atentos a esta realidade, vários autores têm se debruçado sobre o tema e tentado encontrar soluções para que a privação da liberdade não seja aplicada em casos nos quais a lei prevê esta pena. O instrumento utilizado pelo juiz que concretiza este afastamento da pena privativa de liberdade, apesar da previsão expressa em lei, é o ativismo judicial, o qual, defendido por alguns, mas criticado por outros, é uma realidade nos tribunais brasileiros.

O ativismo judicial não é um fenômeno que se manifesta somente na área penal. Em verdade ele é verificado em várias searas do direito, porém para o presente trabalho, somente interessa manifestações deste fenômeno relacionado à pena privativa de liberdade.

Cabe neste momento, analisar a atuação do Poder Judiciário em relação à pena privativa de liberdade, buscando entender seu papel na implementação de medidas que tornem a pena privativa de liberdade eficiente, tendo-se em mente a tradicional tripartição dos poderes do Estado, não perdendo de vista as tendências do ativismo judicial.

Não se pretende elevar o judiciário ao patamar de salvador da pátria, uma vez que a atuação desse órgão do poder ser somente uma das frentes a serem implementadas, posto que, Legislativo e Executivo devem também atuar de modo a tornar a pena privativa de liberdade eficiente.

Para se entender o papel do Poder Judiciário, necessário se faz analisar, preliminarmente, a questão da tripartição do poder do Estado, e antes disso entender a origem e formação do Estado, ainda que de forma breve e superficial, sendo que, para tanto, se valerá do magistério de Dallari (2010, p. 56-121), no qual foi baseado todo o tópico a seguir. Tal estudo possibilita uma melhor compreensão do presente para poder se conjeturar com mais segurança sobre o futuro, tendo por base experiências do passado, levando à descoberta da

identidade do Estado brasileiro, além de se saber o que se pode e o que não se deve copiar de outros Estados em relação à democracia e à privação de liberdade, temas deste trabalho.

3.2 Origem e formação do Estado e sua relação com o Direito

O que é Estado? Etimologicamente, Estado deriva do latim *status*, que significa estar firme. A primeira vez que a palavra foi utilizada para designar uma sociedade política foi em 1513, por Maquiavel, em seu livro 'O Príncipe'. Alguns autores, inclusive, sustentam que a ideia de Estado não existe antes do século XVII, pois este é dotado de certas características bem definidas. Outros, porém, aliás a maioria, entendem que todas as sociedades de outrora que se organizaram com autoridade superior, eram, em verdade, Estado.

Existem várias teorias sobre a origem do Estado. Para um grupo, o Estado sempre existiu, inerente à sociedade humana, sendo um princípio organizador e unificador de toda sociedade humana, portanto onipresente nessas. Todavia, a maioria dos autores entende que o Estado aparece depois do surgimento dos agrupamentos humanos, sendo que estes surgem por determinados motivos, em épocas e ocasiões particulares de acordo com as condições de cada local. Já para um terceiro grupo de estudiosos, o Estado somente surge após o século XVI, admitindo como Estado somente a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas, o que se dá em um passado recente.

Quanto às causas de aparecimento do Estado, cita o autor que estes podem ter uma formação originária, ou seja, sem que se derive de outro ou outros Estados; ou então, derivados, quando surgem de outro ou outros Estados. As teorias não contratualistas defendem que os Estados surgiram de origem familiar ou patriarcal, bem como por meio de atos de força, de violência ou de conquista, não podendo se esquecer da possibilidade da origem em causas econômicas ou patrimoniais, tendo como maiores expoentes desta teoria, Marx e Engels.

Surgindo de uma maneira ou de outra, o fato é que os Estados atualmente existem. Importante observar que a existência da forma atual dos Estados se deve a um processo de evolução durante séculos de história.

O Estado moderno é composto por elementos essenciais: soberania, território, povo e finalidade e para Dallari, é indissociável a relação em um Estado das ordens jurídica e política, pois, como o Estado deve atingir determinadas finalidades, coordenando os indivíduos, para tanto deve se valer do direito, levando-se, sempre em conta a *necessidade-*

possibilidade, ou seja, quais são as necessidades dos cidadãos e a possibilidade, em cada Estado, de atendê-las.

3.3 Tripartição do Poder e a Pena Privativa de Liberdade

Surgindo o Estado, conforme visto no tópico acima, após séculos de evolução, no seio deste, surge a necessidade de torná-lo mais eficaz, especializando funções e, principalmente, combatendo o absolutismo presente na maior parte do surgimento e evolução do Estado. Neste contexto, buscando-se justamente a especialização das funções e a limitação do poder do soberano que surge a tripartição dos poderes proposta por Montesquieu. Suas ideias perpassaram o tempo, e são adotadas, com variações, por um sem número de Estados na atualidade.

Sabe-se que a expressão tripartição de poder não se refere à divisão do poder soberano do Estado que é uno. Aponta Santos (2000, p. 42) que “a expressão separação de funções é a melhor denominação para a teoria de Montesquieu”, pois o poder, continua o autor, “não é uma coisa. Poder é prática social, é algo que se exerce e não uma coisa palpável, o que resulta na impropriedade das expressões separação do poder e tripartição do poder”.

No caso da República Federativa do Brasil, na Constituição Federal, o artigo 2º e seu parágrafo único declaram que são “poderes independentes e harmônicos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”, devendo este artigo ser e interpretado da seguinte maneira: *são órgãos do Estado, cada qual especializado em realizar determinadas funções do poder pertencente ao povo, sendo estes órgãos independentes e harmônicos entre si, posto que não poderia haver colisão neste poder que é uno e representa a soberania estatal.*

Não há, entretanto, qualquer problema em se chamar o Judiciário de *Poder Judiciário*, o mesmo ocorrendo com o Legislativo e o Executivo, sendo questão de nomenclatura consagrada, formalidade que não fere a essência. O importante é ter-se em mente que a separação dos poderes não é um mero detalhe colocado na Constituição Federal por parecer um sistema interessante, mas sim parte do cerne do Estado Democrático de Direito.

No magistério de Ramos (2010, p. 111) lê-se que:

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas). Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, *em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes*. [GRIFO NOSSO].

Ou seja, para o autor, essencial à existência do Estado submetido a uma constituição é a tripartição ou separação dos poderes. O objetivo é evitar que o poder permaneça nas mãos de uma única pessoa ou órgão, combatendo-se, assim, o absolutismo tão temido, em outras palavras, “o princípio da separação de funções encontra a sua legitimidade no combate ao arbítrio, visando à proteção dos direitos individuais e uma melhor administração da coisa pública, proporcionando uma segurança jurídica contra o Estado opressor” (SANTOS, 2000, p. 44).

Além disso, a separação das funções do poder possibilita o alcance do aperfeiçoamento destas, posto que dedicados a áreas especializadas em cada esfera de atuação, na medida em que cada órgão dedica-se primordialmente com parcela da soberania, desenvolvendo mecanismos para tanto:

É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade. (RAMOS, 2010, p. 113).

Observa-se que o autor lembra que o objetivo maior da tripartição do poder é justamente a possibilidade de se preservar a liberdade. A palavra *liberdade*, no contexto que foi utilizada, deve ser entendida em seu espectro mais amplo. Entretanto, tal expressão, aplica-se, por óbvio, à liberdade que se perde com a imposição da pena privativa de liberdade.

Loewenstein (1970, p. 153) vai além ao declarar:

Os seguintes elementos fundamentais estão considerados como o mínimo irreduzível de um autêntica constituição: 1. A diferenciação das diversas

tarefas estáveis e sua sinalização a diferentes órgãos estatais ou detentores do poder para evitar a concentração do poder nas mãos de um único e autocrático detentor do poder. 2. Um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder. Os dispositivos e as instituições na forma de freios e contrapesos – os *cheks and balances*, familiares à teoria constitucional americana e francesa – significam simultaneamente uma distribuição e, portanto, uma limitação do exercício do poder político.

Nota-se que para Loewenstein (1970, p. 153) o simples fato de dividir as funções do poder, passando cada quinhão às mãos de órgãos distintos, já possibilita a limitação do poder. Em outro trecho, no mesmo trabalho, discorre o autor sobre a dependência necessária da existência no Estado em uma concepção democrática de “instituições efetivas por meio das quais o poder político esteja distribuído entre os detentores do poder”. Prossegue afirmando que quem detém o poder, deve ter este limitado, posto ser impossível à natureza humana aquele que exerce o poder limitar a si mesmo voluntariamente, concluindo o tema dizendo que “a constituição se converteu, assim, no dispositivo fundamental para o controle do processo do poder.”

Conclui-se o óbvio: tripartição de poder está intrinsecamente ligado à pena privativa de liberdade e pode ser observada esta ligação no ordenamento jurídico pátrio, pois os três órgãos do poder são acionados no momento em que a liberdade do cidadão é retirada com a imposição da pena privativa de liberdade.

A relação do Poder Executivo com a pena privativa de liberdade se observa na medida em que são construídos presídios de acordo com a dotação orçamentária destinada a esse fim. Além disso, a administração penitenciária faz parte de pasta subordinada diretamente ao Executivo, ou seja, a execução da pena nos presídios se dá sob a égide desse órgão do poder.

O início da imposição da privação da liberdade se encontra no momento em que o Legislativo escolhe essa pena para coibir a prática de determinado fato tipificado como crime, obedecendo-se ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve o legislador observar se está na proporção certa a privação da liberdade para a conduta descrita, devendo ser proporcional também a quantidade da privação da liberdade, posto que tal medida impede ou possibilita a aplicação de determinados benefícios ao cidadão como, por exemplo, a transação penal, suspensão condicional do processo etc. Deve também referido órgão fiscalizar a utilização da verba destinada aos órgãos encarregados da execução da pena. Sobre Legislativo e Executivo é o bastante para se entender a relação da tripartição do poder e a privação da liberdade.

E o papel do Judiciário? Basicamente é o de aplicar a lei anteriormente formada pelo Poder Legislativo. Mas e se a letra da lei no caso concreto não corresponder ao seu espírito, à sua intenção, deverá o julgador submeter-se cegamente ao ditame legal ou aplicar o espírito da mesma lei? Em adotando a segunda opção, estará havendo ingresso na seara alheia por parte do poder judiciário, infringindo-se, em consequência, o princípio da tripartição dos poderes? Em todos os casos poderia procurar o julgador a intenção da lei, seu espírito? Qual a forma para se adotar este posicionamento?

Estes pontos devem ser analisados, para se entender o papel do judiciário na atualidade pós Constituição Federal de 1988, em face da pena privativa de liberdade, a qual, como já foi afirmado neste trabalho, não consegue atingir de forma satisfatória todas as suas finalidades, contudo, ainda atinge algumas, sendo, portanto, ainda, útil e necessária na formação do Estado que se almeja.

3.4 Princípio da legalidade

A legalidade é uma das maiores conquistas da humanidade em termos jurídicos e principalmente em matéria penal, pois por meio deste princípio sabe-se o que a lei fomenta ou veda.

A origem desse princípio está na Magna Carta de 1215, na qual é encontrado o preceito por meio do qual “Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”, visando impedir o arbítrio do monarca, fazendo valer pelos magistrados as leis vigentes, de forma consuetudinária, naquela época. Contudo, foi Beccaria quem formulou o princípio, tal qual conhecido nos dias atuais (NUCCI, 2011, p. 101).

Conforme destacado no capítulo 2, a Constituição Federal de 1988 tratou no artigo 5º, em seu inciso XXXIX sobre a legalidade, princípio constitucional que se desdobra em dois outros no âmbito penal atinente à privação da liberdade, quais sejam, da anterioridade e o da reserva legal. Pela anterioridade, para que o cidadão seja submetido à privação da liberdade, deve tal possibilidade estar prevista em lei antes da prática do crime. Já pela reserva legal, sabe-se que costumes, analogia, medida provisória ou outra norma que não seja lei formal, não tem o condão de prever a imposição de privação de liberdade a um cidadão, somente a lei formal pode fazê-lo.

Estado de Direito está intimamente ligado à concepção de legalidade. Ter um parâmetro por meio do qual se sabe o que é permitido e proibido, ter a tranquilidade de não se ver pego de surpresa em face dos caprichos do soberano, que a qualquer momento poderia vir a incriminar determinada conduta, ou impor esta ou aquela pena sem se saber o que se pode ou não fazer, ou se a consequência da conduta será esta ou aquela, enfim, a legalidade é sinal da evolução do pensamento jurídico da humanidade. Entretanto, não se pode considerar que a legalidade seja o ápice dessa evolução como se verá.

3.4.1 Legalidade formal e legalidade material

Legalidade é sinônimo de segurança jurídica, entretanto, não de justiça. Dentro das balizas da legalidade, o juiz permanece na zona de conforto, pois o juiz justifica sua decisão afirmando ter aplicado a lei.

No âmbito do Direito Penal, a importância do tema se intensifica e, alterar suas balizas, gera celeumas. Contudo, o que se esquece é que a legalidade dentro do Direito Penal tem como objetivo impedir desmandos do Estado. Ampliando a possibilidade da aplicação da norma, em prol do réu, não se estará violando a legalidade, antes, viabilizando a aplicação da intenção da lei, não somente de sua letra.

Deve ser levado em conta que o direito tem como um de seus principais objetivos a pacificação social. Assim, ele regula as relações humanas em seus diversos ramos (civil, administrativo, empresarial, penal etc.) de diversas formas. Pelo Direito Penal, o Estado escolhe as condutas aptas a ofender de forma grave bens jurídicos relevantes, ou seja, aqueles que são fundamentais à vida dos indivíduos em sociedade, impondo a tais condutas uma consequência séria, qual seja, a pena e dentre estas a pena privativa de liberdade, visando basicamente duas coisas: primeiro que os bens jurídicos protegidos não sejam violados (prevenção geral e contenção da criminalidade) e segundo que aquele que violou, não torne a fazê-lo (prevenção especial e ressocialização).

Seguindo esta linha de raciocínio, deve-se ter em mente que o Estado, como já dito, em face do indivíduo, é extremamente poderoso e superior, pois tem toda a máquina administrativa para ir contra o cidadão. Assim, o Direito Penal serve como meio legitimador para a criminalização de certas condutas pelo Estado e ao mesmo tempo funciona como

limitador deste mesmo poder, pois o Estado não pode ultrapassar os limites impostos por ele mesmo para a criminalização e principalmente punição.

O Direito Penal, então, apresenta este duplo aspecto de espada e escudo. Serve de espada para o Estado com a finalidade de combater as condutas mais perniciosas e, ao mesmo tempo, serve de escudo protetivo ao indivíduo; uma vez que estabelece as regras do jogo, às quais o Estado está subordinado e limitado. Assim, entende-se o Direito Penal como sendo o ramo do Direito que define os crimes, comina as penas e limita por meio de normas e princípios o direito/dever de punir do Estado.

Sabe-se que o Direito é uno, pois emana somente de uma fonte, o Estado. Ele é dividido tendo em vista a limitação humana de compreender o todo. Por isso, por uma questão didática, o Direito é dividido em *ramos*. Assim, pelo fato do Direito advir de fonte única, o Direito Penal relaciona-se com todos os demais ramos. Por exemplo, o conceito de patrimônio nos crimes de furto (art. 155 do CP) e roubo (art. 157 do CP) vem do Direito Civil; o Direito Penal define crimes falimentares, contra a Administração Pública e contra a organização do trabalho, relacionando-se, assim, com o Direito Empresarial, Administrativo e Trabalhista, respectivamente. Mas de todos os ramos do Direito, sem qualquer dúvida, o principal relacionamento se dá com o Direito Constitucional.

Infelizmente, a doutrina predominante, apesar de aceitar a ideia de um Direito Penal Constitucional, não observa todas as possibilidades e consequências dessa definição.

Atualmente, em se tratando de Direito Penal, a doutrina tem se preocupado tão somente em fazer valer os artigos expressamente relacionados a esse ramo do Direito, ou seja, principalmente os incisos expressos a respeito da matéria previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Mas, pode-se caminhar mais, observando tudo o possível que se encontra escrito na Carta Magna, do primeiro ao último artigo, devendo se tornar o Direito Penal e seus institutos, mormente a pena privativa de liberdade, instrumentos para a implantação dos anseios do Estado expressos na lei fundamental, conforme já analisado neste trabalho.

O Estado somente pode definir a conduta como crime por meio de lei em sentido estrito conforme já dito (art. 1º do CP e 5º XXXIX da CF), é a *lex populi* (lei do povo), ou seja, aquela que é elaborada e votada pelos representantes do povo. No Brasil, segundo a Constituição Federal, artigo 22, I, esta lei somente poderá ser elaborada pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), não havendo a possibilidade de haver lei estadual, distrital ou municipal que defina condutas como crime.

O *ius puniendi*, além de ser um direito é também um dever que o Estado tem. Ou seja, após definir determinada conduta como sendo crime e sua respectiva pena, em este se configurando, o Estado não pode ficar inerte, deve agir observando as normas e princípios impostos pela lei penal e processual penal e investigar, acusar, julgar, e, se for o caso, condenar e executar a pena imposta.

O Direito Penal, ao definir crimes e cominar penas de forma genérica na lei, está se dirigindo a toda a sociedade, buscando prevenir de forma genérica a prática de crimes, ameaçando a todos que violem a norma penal com uma pena a ser imposta. Praticado o crime, impõe-se concretamente sobre o agente a pena. Pretende-se com isso prevenir especialmente em relação àquele indivíduo a prática de novos delitos, pois objetiva que aquele indivíduo conscientize-se que não vale a pena delinquir.

O Direito Penal é eminentemente sancionador, não objetiva criar bens jurídicos, antes, protegê-los em um conjunto de leis que definem os crimes e cominam as penas no direito positivo. Positivo, segundo o Dicionário Aurélio, é aquilo que não admite dúvida, que é indiscutível e evidente. Já direito *posto*, é aquilo que está colocado, no caso em tela, aquilo que está colocado na lei. Assim, Direito Penal objetivo é o Direito Penal que objetivamente pode ser visto, lido e estudado, uma vez que está posto, positivado na lei.

Esta é a chamada legalidade formal. É crime e é pena, aquilo que o legislador, observando-se o processo legislativo, define como crime e respectiva pena. Diz-se legalidade formal, tendo em vista que determinada conduta, doravante, poderá ser chamada de crime, posto que tem a forma de crime, e tem a forma de crime porque as formalidades para sua criação foram observadas. Enfim, pela legalidade formal crime é aquilo que a lei diz que é, bem como a privação da liberdade deve ser aplicada conforme a lei diz que deve ser.

Mas em um Estado Democrático de Direito, que, como já se disse, tem em sua Constituição Federal uma série de dispositivos que de forma expressa ou implícita se destinam a regular a seara Penal, será que o Direito Penal deve ficar adstrito aos ditames da lei para saber o que é crime, bem como para se saber quando a privação da liberdade é válida?

A evolução da legalidade desemboca no sistema jurídico democrático. Democracia é o regime de governo com participação do povo. Melhor, é o regime de governo do povo, pelo povo e para o povo. O povo escolhe quem serão seus governantes e representantes. O povo escolhe, por meio de seus representantes, quais serão suas leis. Tanto seus governantes e representantes quanto as leis visam ao bem comum do povo. Assim, a República Federativa do Brasil é constituído em Estado Democrático de Direito pois, além de ser governado por

leis, estas são feitas pelo povo por meio de seus representantes (poder legislativo) e para o povo, ou seja, a finalidade das leis é o bem estar de cada um dos cidadãos do Estado.

Para Gênova (2010, p. 11), o Direito Penal tem o condão de demonstrar o nível democrático de uma nação, argumentando que

O Direito Penal tem sido o indicador mais confiável do nível de democracia das nações. Quanto mais rigoroso o Direito Penal, mais totalitário o Estado; quanto mais liberal e garantista a legislação penal, mais democrática é a nação.

Em outras palavras, não há como dissociar Direito Penal de Democracia, andando sempre, ambos, lado a lado. Em verdade, esta constatação é tão importante quanto óbvia, tendo em vista que é fácil de apurar que em sendo a democracia destinada à inclusão em todos os níveis do povo, o Estado, em consequência, deve amparar e possibilitar cada vez mais a liberdade do cidadão.

A Constituição Federal de 1988 expressa esta ideia em seu artigo 1º, parágrafo único quando declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O mesmo artigo 1º traz alguns destes fundamentos postulados da democracia, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Mais, no artigo 3º, a Constituição Federal apresenta uma série de objetivos fundamentais (fins a serem atingidos) que dizem respeito justamente ao povo, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, pode-se notar que o Brasil tem como princípios enaltecidos da democracia, a serem seguidos na ordem internacional (o que pressupõe também aplicação interna), a prevalência dos direitos humanos, repúdio ao racismo e a concessão de asilo político. Enfim, a Constituição Federal, em tese, manifesta a vontade do povo.

Unindo todos esses elementos que constituem em verdadeiras conquistas do cidadão, tem-se que o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser apresentado da seguinte forma: deve constituir-se em um conjunto de regras e princípios que limitem o *ius puniendi* do Estado, havendo necessidade das condutas definidas como crime e as respectivas penas estarem formalmente positivadas em lei. Entretanto, esta lei não poderá ser arbitrária, devendo espelhar a vontade soberana do povo expressa por meio de seus representantes. Os órgãos que sustentam a democracia (Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados do

Brasil, Imprensa...) devem zelar para que todo tipo penal, formalizado em lei, esteja de acordo com a Constituição Federal.

O Estado é regido pela lei, porém o é, antes de tudo, pela lei fundamental. Para que a privação da liberdade seja imposta ao cidadão, esta deve estar prevista na lei, e esta lei em harmonia com a Constituição Federal. Tem-se a chamada legalidade material.

Enquanto a legalidade formal apresenta os requisitos objetivos a serem observados para que determinada conduta possa ter a forma de crime e punido com a prisão, a legalidade material é o amoldar-se do conteúdo da lei aos ditames dos direitos e às garantias fundamentais. Ou seja, para que uma conduta seja tida como criminosa, tanto deve ser observada a legalidade formal quanto a material.

Luiz Flávio Gomes e Eugênio Zaffaroni são dois autores que têm se dedicado a este desiderato. O primeiro com sua Teoria Constitucionalista do Delito, o segundo com a Teoria da Tipicidade Conglobante, ambos fazem distinção em suas teorias entre o formalismo e a materialidade para se saber quando uma conduta pode ser definida como crime e, conseqüentemente, punida. (GOMES, 2006, p. 1).

A questão é que a imperiosa necessidade de estarem presentes, de forma concomitante, legalidade formal e material para a caracterização de uma conduta como criminosa, também deve ser observada na questão da imposição da pena privativa de liberdade. Simplificando: o fato de estar prevista a privação de liberdade como pena a ser aplicada (legalidade formal) não deve levar o magistrado a aplicá-la caso não seja necessária, suficiente ou eficiente no caso concreto (legalidade material).

Percebe-se que a especial atenção ao atendimento do requisito da legalidade material não deixa de ser a submissão da lei à Constituição Federal, posto que a legalidade material pode ser encontrada na medida que se investiga o intento da lei, que tem sua validade extraída da norma superior. Em outros termos, submissão do Direito Penal ao Constitucionalismo, cabendo sobre o assunto a lição de Barroso (2007, p. 01):

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá

inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição.

Foi dito linhas acima que o princípio da legalidade não pode ser encarado como o ápice da evolução jurídica da humanidade, sob pena de se cair no arbítrio do poder legislativo e entender que a vontade do legislador, parafraseando Paulo, é sempre boa, perfeita e agradável, assim como a de Deus¹³. Não, o legislador não é Deus, portanto, sua vontade também não é sempre boa, perfeita e agradável. Como solucionar, então, esse conflito?

Não se pode negar que a situação atual no que se refere à regulamentação legal da pena privativa de liberdade é complexa. Há uma crise posta que deve ser solucionada. O positivismo, reflexo do princípio da legalidade, conquista da humanidade, não consegue mais solucionar os problemas da sociedade, tendo em vista que a lei caminha atrás dos fatos sociais e sendo a sociedade dinâmica, o legislador não consegue, por óbvio, legislar sobre todas as possíveis situações surgidas em sociedade, sendo patente, portanto, a deficiência do positivismo. Já as decisões baseadas em princípios, solucionam os problemas advindo da falta de legislação, entretanto, trazem insegurança, pois não se sabe qual a regulamentação para os casos, indo de encontro às conquistas do princípio da legalidade.

Quando se aplica a pena privativa de liberdade, o princípio invocado é o da segurança pública, uma vez que se está suprimindo um bem extremamente caro do cidadão, que é sua liberdade, a qual, aliás, como já explorado neste trabalho, é amplamente protegida no artigo 5º da Constituição Federal, afastando-se, assim, o princípio da liberdade. Tal providência é justa e legítima em um Estado Democrático de Direito.

A discussão que se levanta, é que, muitas vezes, encerra-se um processo com a subsunção do fato à norma, logo se enquadrando a conduta praticada à lei, sendo o réu condenado à pena privativa de liberdade e, muitas vezes, não foi feita justiça. A imposição de referida pena, apesar de se enquadrar nos casos estabelecidos em lei, de plano, observa-se que não é a melhor solução.

Conclui-se que em um Estado Democrático de Direito o direito penal não pode ser entendido meramente como aquilo que o legislador quer, posto que com a legalidade formal tem-se o início da proteção da liberdade do cidadão, uma vez que, somente naqueles casos previstos em lei, será possível a aplicação da lei penal, estando o Estado adstrito a estas limitações da lei.

¹³ Romanos 12:12.

Entretanto, prosseguindo-se na persecução da intenção da lei, deve-se também avançar pela verificação dos requisitos da legalidade material para que haja a aplicação da privação da liberdade, sendo este o caminho a ser seguido por um direito penal constitucionalizado, o qual sempre deve observar os princípios expressos na Constituição Federal, além de outros que se coadunem com a Carta Magna. É nesse contexto que a ativismo judicial se manifesta na atual ordem constitucional e será explorado de forma mais detida a seguir.

3.5 Ativismo judicial e a pena privativa de liberdade

Como já dito neste trabalho, o princípio da tripartição do poder não se dissocia do Estado Democrático de Direito, sendo princípio caro para o constitucionalismo. Falar de Estado Democrático de Direito é falar de um Estado cujas funções são bem distribuídas.

Dentro dessa teoria, historicamente é função típica do Judiciário a aplicação do direito, ou seja, fazer com que a norma abstrata torne-se realidade em face de uma situação concreta que lhe é apresentada. Esse sempre foi papel do judiciário.

Porém, há muito é debatido sobre a função do Judiciário para saber se esse órgão é mero aplicador cego da lei, “se o juiz é mero intérprete aplicador do direito, ou se participa da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 13).

Não subsiste atualmente a ideia de juízes que simplesmente analisam a norma e o fato, submetendo este àquela. O Judiciário é formado por profissionais que devem analisar se o conteúdo da lei está de acordo com aquilo que foi estabelecido pela Constituição Federal, se está de acordo com os anseios democráticos. Barroso (2007, p. 01) apresenta o novo papel do Poder Judiciário da seguinte forma:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer

valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Observa-se que, o Poder Judiciário ao julgar um caso que lhe é submetido, deve, além de simplesmente aplicar a lei, aplicar também a Constituição Federal, posto que aplicará a lei tão somente quando esta estiver de acordo com aquela. Isto se dá tendo em vista que o legislador é limitado em sua criação do direito por meio da lei, uma vez ser impossível serem previstas todas as situações da vida e, no âmbito penal, as condutas que serão submetidas à privação da liberdade.

Levando-se em conta ainda que nenhum fato é igual a outro, posto que de fato cada caso é um caso, chega-se à conclusão de que o direito não é criado pelo Legislativo e posteriormente aplicado pelo Judiciário, em verdade, “a decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica” (KELSEN, 2009, p.283).

Aliás, esta afirmação é formulada por Kelsen ao final de sua análise sobre criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais, bem como o juiz como legislador, apresentando as consequências disto, quais sejam, a flexibilidade do Direito, em detrimento da segurança jurídica que a estrita aplicação da letra da lei pelo judiciário apresenta.

Em sua exposição sobre o tema, Kelsen apresenta dois blocos de formação do direito. O primeiro se dá por meio de um órgão constitucionalmente responsável pela elaboração de normas gerais, as quais deverão ser aplicadas pelo Judiciário para todos os casos iguais. Este é o modelo predominantemente adotado pelo Brasil.

O segundo bloco apresenta cada caso como único, sendo, por consequência, impossível a formulação de normas gerais por qualquer órgão que seja, havendo a necessidade de ser analisado o caso concreto para que, ao final, seja aplicado direito individual, sendo, para seus defensores, somente este justo.

Kelsen critica ambos. O primeiro é ineficaz, posto que incapaz de acompanhar as mudanças da sociedade, apresentando, portanto, a desvantagem de ser inflexível. Já o segundo milita contra a segurança jurídica, uma vez que somente com a decisão se saberá o que o órgão julgador entende sobre o caso.

Em outra obra, complementando sua lição sobre o assunto, Kelsen (1998, p. 193-198) destaca que a tarefa do Legislativo e do Judiciário são análogas, porém em momentos distintos, pois tanto um quanto o outro para atuarem, fazem-no tendo por base uma norma superior. Quando o legislador decide punir determinada conduta com privação de liberdade, está em verdade agindo sob o comando de uma norma superior, a Constituição Federal que

permite, observando-se outros princípios, dentre eles o da proporcionalidade, aplicar esta reprimenda no ordenamento jurídico.

Da mesma forma o julgador, ao se deparar com um caso concreto, vislumbrando a possibilidade de aplicar a determinada conduta a privação de liberdade, observando-se determinados princípios, dentre eles o da proporcionalidade, impõe essa pena. Entretanto, sempre deve ser observada a Constituição Federal. No caso concreto, ao vislumbrar o julgador que a imposição da privação da liberdade é desproporcional e agride a Carta Magna, deve observar, em primeiro lugar, respeito a essa última, mesmo que seja em detrimento da legislação pertinente.

Por isso que ao final de sua explanação Kelsen faz a afirmação acima citada, a qual parece ser o meio termo ideal para um Estado que se chama Democrático. Não somente normas gerais, as quais o juiz, cegamente aplica. Nem tampouco norma nenhuma, tornando-se os juízes legisladores. O ideal defendido neste trabalho é que, partindo de norma já existente, a qual deve ser interpretada e analisada pelo crivo da Constituição Federal, o judiciário aplica a intenção da lei, de tal forma que torne a norma eficiente, atingindo a finalidade para a qual foi criada.

Atualmente, com a supremacia da Constituição Federal em face de todo o ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz analisar se a Carta Magna está sendo respeitada por todos os seguimentos da sociedade, inclusive pelo legislativo.

Ocorre que, com a alteração da atuação do judiciário, passou-se a analisar o chamado *ativismo judicial*, que em linhas gerais, é o fenômeno jurídico que ocorre quando o órgão do legislativo não consegue cumprir satisfatoriamente sua função típica de legislar, seja por desídia, seja pela infinidade de situações sociais que não regula, causando ausência de normas e o judiciário, de forma atípica, legisla, deixando de solucionar conflitos para normatizar condutas.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo (RAMOS, 2010, p. 116).

Essa forma de atuação do judiciário vem sofrendo fortes críticas, uma vez que, em tese, e em um primeiro momento, há aparente infração do princípio da tripartição de poder, na medida em que o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais de atuação, invadindo a seara do legislativo, criando normas ao invés de simplesmente aplicá-las. Em outras palavras,

não havendo regulamentação de determinada situação, o judiciário inova criando norma, dissociada de qualquer princípio. A doutrina tem denominado tal prática de ativismo judicial inovador. Nesses casos, parece haver grave violação do princípio da tripartição do poder, o que deve ser evitado e combatido.

Entretanto, há o chamado *ativismo judicial revelador*, que vem a ser a postura esperada do aplicador do direito que, ao lhe ser submetido um caso não disciplinado de forma explícita pela lei, analisando os princípios estabelecidos pelo texto constitucional, bem como a intenção da lei que regula situação semelhante, soluciona o problema que lhe foi apresentado com base nessa análise.

3.5.1 Judiciário e a atual ordem penal constitucional

Sendo, portanto, o Judiciário mais do que aplicador do direito positivado conforme visto, cabe ao magistrado e, principalmente às cortes superiores, analisar a finalidade da pena privativa de liberdade segundo prescrito na Constituição Federal e encontrar na legislação os mecanismos para efetivação dessas finalidades.

Luhmann (2009, p. 80), conforme analisado por Lima, elabora uma nova perspectiva para o papel fundamental do processo na sociedade, conseqüentemente para o magistrado, afirmando que o papel do processo, é fazer aplicar as normas e os valores por elas representados.

Como ocorre em todos os sistemas sociais no processo de diferenciação da comunicação, na proporção da intensificação comunicativa, a complexidade reduz-se. No subsistema do direito, o processo guiado pelo lícito/ilícito absorve a complexidade. [...] O aumento de complexidade da sociedade incentiva a produção de normas cada vez mais gerais e abstratas (pense-se no Código Civil, em que se privilegiou acima de tudo a construção de cláusulas gerais). Elas corroboram o dinamismo da comunicação, garante-se que o observador interno (o juiz) possa proferir as suas decisões adaptadas ao caso prático.

O capítulo é iniciado com uma análise sobre a dogmática jurídica, e com esta afirmação: “percebe-se a dogmática jurídica impermeável à problematização, o que impede a sua utilização na sociedade atual” (LUHMANN, 2009, p. 80). Prossegue o autor até chegar à conclusão de que a decisão judicial é responsável pela solução dos litígios, devendo expressar valores da sociedade, o que nem sempre se consegue.

Este novo papel do judiciário deve prevalecer tendo em vista a falta de cientificidade e da proporcionalidade por parte do legislador, que podem ser observadas de forma explícita em vários artigos da legislação penal pátria, por exemplo, o crime de ameaça, tal qual descrito no artigo 147 do Código Penal, que é tido como de menor potencial ofensivo, tendo em vista a pena abstratamente a ele cominada. Já a violação de direito autoral descrito no artigo 184 do mesmo diploma legal não é de menor potencial ofensivo. O primeiro atinge a paz. O segundo o patrimônio. A pergunta que se impõe é: menor potencial ofensivo para quem? Para o cidadão comum, o que é melhor, ter um direito autoral seu violado, o qual poderá ter reparação na esfera civil, ou ter sua paz retirada por meio de telefonemas, cartas, gestos ou palavras, sem que haja possibilidade de ver de volta as emoções dispensadas com o episódio? Em outros termos, o que tem mais valor, paz ou patrimônio?

Outro exemplo, dentro do mesmo Código Penal, é observado se comparar outros dois tipos, a lesão corporal gravíssima (artigo 129, § 2º) e o estupro de vulnerável (artigo 217-A). Configura-se o primeiro com o agente cegando um dos olhos de seu desafeto, por exemplo. Para configurar-se o segundo, deve o agente praticar qualquer ato libidinoso com adolescente com menos de quatorze anos de idade, não sendo necessária a conjunção carnal, e mesmo que haja o consentimento desta. Qual caso traz mais consequências irreparáveis, devendo, portanto, ser punido com maior gravidade?

Aplicar o princípio da proporcionalidade significa aplicar um direito que vai além da letra da lei, é a realização de um “direito mais justo”, porque acolhe os valores e os anseios defendidos pela sociedade, deixando interagir o senso de justiça em detrimento da regra fria, posto que analisado com mais cuidado o caso concreto com todas suas nuances.

A proporcionalidade deve ser analisada em um primeiro momento pelo legislador, entretanto, caso este órgão do poder não o faça, o julgador deve sempre interpretar e aplicar a norma jurídica priorizando as legítimas expectativas sociais, bem como o espírito da lei, devendo o magistrado analisar a finalidade e a expectativa que se tem para a privação da liberdade e aplicá-la no caso concreto, tão somente, quando esta tem a possibilidade de ser eficaz, ou seja, a lei não pode ser aplicada cegamente pelo juiz.

Quando se verifica que a legalidade formal não basta para proteger o cidadão de arbítrios contra sua dignidade estampados por meio dos direitos fundamentais que se encontram no artigo 5º da Constituição Federal, bem como indo contra o almejado para o Estado brasileiro, conforme estabelecido nos artigos 1º a 4º do mesmo diploma jurídico, vê-se que a legalidade material deve ser invocada com a análise do espírito da lei, bem como tendo como meta os postulados democráticos estabelecidos na Constituição Federal.

A previsão em lei da privação da liberdade para determinados casos, tem como escopo primeiro não evidenciar uma situação em que o Estado pode se valer de seu “*ius puniendi*”, antes, proteger o cidadão, para que, fora daqueles poucos casos, o Estado não abuse e prenda pessoas que não tenham praticado as condutas ameaçadas com privação da liberdade, valorizando, dessa forma, a dignidade do cidadão.

Defende-se, no presente trabalho, a aplicação de tudo que vem sendo escrito por doutrinadores no âmbito do constitucionalismo à pena privativa de liberdade, pois, como afirma Barroso (2007, p. 01):

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável. [GRIFO NOSSO].

O que se defende, portanto, é que o judiciário extraia o espírito da lei, o anseio do povo (detentor do poder) descrito na Constituição Federal, mova-se no ordenamento jurídico, e aplique ao caso concreto a melhor solução que possibilite o alcance dos anseios democráticos. Necessário se faz que o julgador ultrapasse a letra fria da lei e busque efetivar o espírito, a vontade, a *mens legis*.

Sendo mais explícito e chegando ao ponto. É fato que a pena privativa de liberdade, conforme linhas acima, não tem conseguido atingir as finalidades a que se propõe, quais sejam, prevenção geral, prevenção especial e ressocialização. Muito menos tem contribuído para a construção do Estado delineado pela Constituição Federal. Defende-se que, em sendo o Direito Penal a *ultima ratio* do Estado, deve a pena privativa de liberdade ser a *ultima ratio* do Direito Penal. Vale dizer, a pena privativa de liberdade deve ser evitada a qualquer custo pelo Estado-Juiz. Deve ser a última, não a primeira opção de pena.

Assim, institutos como o *sursis*, suspensão condicional do processo, prescrição dentre outros, devem ser aplicados ao maior número de infrações possível, mesmo que não previsto de forma expressa no texto da lei. Deve ser analisado qual o objetivo desses institutos e, conhecendo o espírito da lei, em havendo pedido formulado neste sentido pela defesa ou até

mesmo pelo Ministério Público, deve prevalecer a intenção sobre a letra da lei que limitou o alcance do instituto.

Exemplificando: qual a intenção do legislador ao estabelecer um instituto como o do *sursis*? Segundo Roxin (2007, p. 23), comentando o instituto na Alemanha, é a possibilidade que se vislumbra de que o agente não voltará a delinquir, mesmo sem cumprir a pena. Afirma o doutrinador alemão que o mesmo raciocínio se dá em relação ao instituto do livramento condicional, que pode ser visto como um *sursis* estabelecido após o início da execução da pena.

Estes institutos também estão insertos na legislação penal brasileira, e o que vem se defendendo, neste trabalho, é que em vislumbrando o juiz que a finalidade de institutos como os mencionados, no caso concreto alcance a finalidade da lei, ou seja, que o acusado não tornará a delinquir, deverá aplicar o instituto, sendo legitimado para isso, posto que não se estará indo contra o espírito da lei, antes, a seu favor, ampliando a possibilidade prevista no texto legal, verificando-se o *ativismo judicial revelador*.

A questão de se aplicar penas alternativas em casos para os quais a lei prevê a aplicação de pena privativa de liberdade não está dentro das situações em que o legislador foi omissivo. Em verdade o legislador cumpriu seu papel, disse quais são as circunstâncias que entende ser necessário e suficiente a aplicação da pena privativa de liberdade. O que não houve (e seria na verdade impossível haver), foi previsão de todas as nuances das infinitas hipóteses e situações limítrofes, nas quais o julgador, no caso concreto, observa ser melhor não condenar o acusado ao cárcere, mas sim a uma pena alternativa ou à imposição da suspensão condicional do processo, ou suspensão condicional da pena, ressalte-se, todas possibilidades já previstas em lei.

Assim, estará o julgador, nos dizeres já citados de Barroso (2007, p. 01), tornando-se “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

Não se defende a impunidade. A questão é que a aplicação da lei penal, tal qual descrita pelo legislador, muitas vezes não é o caminho mais seguro para atingir o intento da própria lei, devendo-se, portanto, ser invocado o princípio da eficiência.

Queiroz (2009, p. 89-90), analisando parte da lei judaica do início da era cristã¹⁴ a respeito do sábado, que era uma providência legal para que o trabalhador usufruísse do direito

¹⁴ O texto bíblico no qual o autor baseia sua análise se encontra no Evangelho de Mateus, capítulo 12, versos 1-13.

sagrado do descanso – manifestação histórica da justiça, fraternidade, humanidade e misericórdia, faz uma explanação elucidativa sobre as consequências da aplicação cega da lei em detrimento do princípio norteador de sua criação da seguinte maneira:

A lei sobre a guarda do sábado não poderia ter se transformado num instrumento para sacrificar inocentes. Somente alguém com senso de piedade e misericórdia teria a sensibilidade de perceber a distorção do uso desta lei. O misericordioso se compadece e com isto consegue discernir o equívoco da lei, resgatando o sentido da sua aplicação justa. Vejamos bem! As pessoas precisam de descanso físico, necessitam sair da rotina do trabalho, precisam cultivar a espiritualidade. Tudo isto é indispensável para se ter uma vida saudável. Um dia de descanso é justo como resposta a uma necessidade humana. Mas tanto quanto o descanso, o corpo faminto precisa de alimento; e naquele sábado, era de comida que os discípulos precisavam. Naquelas circunstâncias quebrar a lei constituía-se um ato de misericórdia e justiça. O que não se deve destruir é o princípio para o qual a lei foi criada. [GRIFO NOSSO].

Quando o legislador substitui a vontade da Constituição Federal pela sua própria, ou quando a lei não alcança a intenção da lei maior, bem como quando um princípio é violado, pela imprevisibilidade do alcance do caso concreto pela norma, a lei já não representa a vontade do povo, devendo, pelo sistema dos freios e contrapesos, ser a lei rechaçada pelo judiciário, aplicando-se o princípio adequado. Segundo o magistério de Bernardi (2003, p. 22),

A qualidade da superlegalidade que envolve as normas de uma Constituição provém da especialidade de seu procedimento legislativo e da impossibilidade de sua alteração pelo legislador ordinário. Tal atributo coloca as normas constitucionais no topo da pirâmide legislativa do país que se oriente pela rigidez de sua Constituição. [...] Sendo que Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela sejam subordinadas. Ser considerada juridicamente subordinada quer significar que uma determinada norma inferior deve ceder a uma superior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento, sob pena de vir a ser viciada.

Não se pode, por óbvio, demonizar a positivação de direitos em leis formais, pois a legalidade é princípio constitucional e conquista do cidadão ao longo da história, tornando-se uma das grandes garantias do indivíduo em várias esferas da vida com relevo no âmbito penal.

Contudo, a lei, no atual estágio do constitucionalismo, deve ser entendida como a baliza prevista pelo representante do cidadão, tendo por base fatores econômicos, sociais,

históricos e temporais, a qual deve servir de instrutor para a conduta do cidadão a partir de sua vigência, em regra, para o futuro, observando-se, sempre, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Sendo o legislador limitado e não podendo prever todas as possibilidades da conduta humana, a lei prevista pelo representante do povo, para ser aplicada com eficiência, atingindo, conseqüentemente, a finalidade para a qual foi criada, deve respeitar os princípios gerais do direito, os princípios específicos do ramo do direito a que pertence, e, principalmente, aos princípios constitucionais expressos e implícitos da Constituição Federal, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Extraír a *mens legis*, o espírito da lei, o princípio norteador da regra, aquilo que o legislador quis disciplinar com as palavras expressas no texto legal. Esta é a função do operador do direito no momento em que está julgando, resolvendo o conflito posto diante de si.

3.6 Hipóteses de aplicação do ativismo judicial revelador relacionado ao Direito Penal

A seguir, sem o intuito de formar um rol taxativo, seguem algumas situações nas quais o judiciário já vem atuando da forma exposta no presente trabalho, ou em situações em que a doutrina identifica a necessidade de imposição de outra medida que não a privação da liberdade por parte do julgador, apesar de ser a pena prevista em lei.

3.6.1 Multa alternativa e transação penal

Uma das situações em que pode se verificar a imposição de penas alternativas, afastando a privação da liberdade se dá nos chamados delitos de menor potencial ofensivo. Pupo (2009, p. 10-11), apresentou trabalho, no qual se baseia este tópico, no Concurso de Súmulas do 14º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, e a súmula que formulou possui a seguinte redação: “Os crimes que têm cominada pena de multa alternativa também devem ser considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, passíveis de transação penal”

Para fundamentar sua súmula, menciona a redação original do artigo 61 da Lei 9.099 que possuía redação que definia o delito de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais, além daqueles cuja pena máxima não ultrapasse a um ano, discorrendo em seguida, de forma breve, sobre o histórico até chegar a redação atual, a qual segue: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais, e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Para o autor, “existem alguns tipos penais que, apesar de terem em seu preceito secundário pena máxima cominada superior ao limite estabelecido no aludido dispositivo, também devem ser considerados de menor potencial ofensivo” (PUPO, 2009, p. 10), citando, exemplificativamente três tipos penais que se encaixam nesta situação: furto privilegiado, previsto no artigo 155, § 2º; apropriação indébita privilegiada, nos termos do artigo 170 e o estelionato privilegiado, conforme artigo 171, § 1º, todos do Código Penal.

Defende o autor que, nestes casos, estando presentes os demais requisitos do artigo 76, § 3º da Lei 9.099/1995, devem estes dispositivos ser tratados como delitos de menor potencial ofensivo, pois,

Como se estabeleceu para estes crimes a possibilidade da aplicação isolada da multa, significa dizer que lhes foi atribuído um desvalor muito menor do que aquele conferido aos tipos penais em que existe a cominação exclusiva de privação da liberdade, não importando a respectiva duração, afinal, a pena pecuniária, como destacado alhures, é muito mais branda que qualquer outra sanção penal (PUPO, 2009, p. 11).

Pupo não está só neste seu entendimento. Grinover (2005, p. 70-71) apud Cintra (2009, p. 2)., sobre o tema diz:

Quando houver previsão alternativa de pena privativa de liberdade ou de multa, deve se levar em conta a pena pecuniária para a caracterização da infração como de menor potencial ofensivo, podendo ser assim considerada ainda quando a pena privativa seja superior a um ano. Leva-se em conta o fato de que a previsão de multa, mesmo de forma alternativa, indica não ser intenção do legislador punir o crime com a privação da liberdade, não o estimando como delito a ensejar maior reprovação social.

Pupo (2009, p. 10) discorre sobre esta intenção do legislador de afastar a imposição de privação de liberdade aos crimes de menor potencial ofensivo da seguinte maneira:

inaugurada uma nova fase do Direito Penal pátrio com a criação da figura de **crimes de menor potencial ofensivo**, atendendo, assim, aos anseios da sociedade, que clamava pelo fim dos encarceramentos por curto período de tempo, sabidamente nefastos, em prol de soluções não estigmatizantes para as lides criminais de pequena importância.

Mas não é isso que a lei diz. Em todos os três exemplos citados, os quais são previstos em sua forma privilegiada, tendo por base o artigo 155, § 2º do Código Penal, o legislador utilizou a seguinte redação: “o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”. Ora, a lei é clara e expressa em sua literalidade que o juiz pode, não que o juiz deve substituir a pena privativa de liberdade. Não está vedada pelo legislador a imposição de privação da liberdade.

Contudo, ao se valer da tese exposta pelo autor citado, o julgador estará atendendo ao intento da lei 9.099/1995, cujo objetivo, conforme exposição supra, é o afastamento da imposição da pena privativa de liberdade, valendo-se o julgador do ativismo judicial revelador para afastar a imposição da privação da liberdade, em face da intenção original do legislador, e da intenção da lei 9.099/1995, que objetiva a imposição de penas mais brandas.

3.6.2 Nova maneira de se definir delitos de menor potencial ofensivo

Ainda sobre os crimes de menor potencial ofensivo, Gênova (2007, p. 206) propõe novas diretrizes para se definir o que sejam delitos dessa natureza. Defende o autor em seu trabalho, que apesar do critério estabelecido pela lei não poder ser desprezado ou deixado de lado, deve haver margem para que o julgador, no caso concreto, quando uma conduta é de pouca lesividade, mesmo que sua pena mínima seja superior a dois anos, lhe seja dado o mesmo tratamento destinado aos delitos de menor potencial ofensivo.

O autor é incisivo ao defender essa maneira de análise do que vem a ser uma infração de menor potencial ofensivo, quando diz:

Poder-se-ia dizer que deixar a cargo do juiz a fixação do conceito é muito temerária, pois há juízes rigorosos e há juízes liberais. A essa afirmação respondo com uma pergunta: por acaso o legislador tem sido racional? O que seria melhor, conceituar abstratamente um crime de menor potencial ofensivo ou deixar para as partes intervenientes (juiz e promotor) analisarem o caso concreto e daí, com critérios balizados pela legislação e pelos princípios constitucionais, dizer se o crime é ou não de pouca gravidade? (GÊNOVA, 2007, p. 207-208).

Em sua conclusão, o autor menciona que esta maneira de definir o que venham a ser os delitos de menor potencial ofensivo, vem ao encontro do direito penal atual, que vislumbra mais malefícios que benefícios na privação da liberdade de pequenos infratores. (GÊNOVA, 2007, p. 208).

Novamente, adotando-se a tese exposta no presente tópico, o julgador estará lançando mão do ativismo judicial revelador para decidir no caso concreto, afastando hipóteses de incidência da privação da liberdade, ao se constatar, no caso concreto ser mais eficiente outra medida, diversa da prisão para os fins almejados pelo legislador. Baseando-se referido ativismo em princípios constitucionais, fala-se em ativismo judicial revelador, não ativismo judicial inovador, o qual, conforme já dito acima, baseia-se em lei nenhuma, havendo, neste último caso, invasão do judiciário na seara do legislativo, o que deve ser combatido.

3.6.3 Imposição de penas alternativas em casos de tráfico de drogas

Algumas vezes, no momento em que será aplicada a pena privativa de liberdade no caso concreto, é possível enxergar que a privação da liberdade não é a medida mais eficiente para a ressocialização, ou para atingir qualquer outra finalidade que seja. É o caso que se dá, por exemplo, com a pessoa de trinta ou quarenta anos, casado, funcionário público ou profissional liberal, ou quem sabe empregado há vários anos em determinada empresa, primário, bons antecedentes que, *frequentemente entrega* a um amigo, para consumirem juntos, cigarros de maconha, posto que sempre que fumam, cada vez é um que traz a droga a ser consumida. Veja que neste exemplo, aplicando-se a letra da lei, a pessoa deverá responder pelo crime de tráfico de entorpecente, cuja pena é de cinco a quinze anos de reclusão, crime este equiparado a hediondo.

Nesse exemplo, aplicando-se a letra da lei, não seria possível a aplicação do § 2º do artigo 33¹⁵, nem do § 3¹⁶, do mesmo artigo, uma vez que referido parágrafo menciona *oferecer eventualmente*, e no exemplo dado a pessoa *entrega frequentemente*. Ora, nesse caso, a ressocialização e a prevenção geral e específica não estariam alcançadas. A única finalidade da pena que seria atingida seria a retribuição, quando, ao mau causado pelo crime, seria retribuído com o mau causado pela pena. Ou a contenção da prática de novos crimes,

¹⁵ Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

¹⁶ Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

pois, presume-se que, preso, o apenado no caso hipotético não poderia mais entregar frequentemente maconha ao seu amigo. Entretanto, como já dito, em um Estado Democrático de Direito, a pena privativa de liberdade não pode se limitar simplesmente a causar dor e a retribuir.

Levando a extremo o exemplo, colocar na prisão por tráfico um cidadão, pai de filhos, funcionário público ou profissional liberal, primário, com bons antecedentes, enfim, produtivo para a sociedade, em determinado momento da história do Brasil em que se discute abertamente e diariamente sobre a possibilidade da liberação do uso da maconha, atenta violentamente contra o princípio da eficiência, posto que o fim da pena, prevenção e ressocialização, não serão alcançados.

Aliás, nesse caso, além do princípio da eficiência, analisando o caso mais atentamente, também o princípio da segurança pública estará sendo violado, e isto porque a consequência jurídica no caso seria desastrosa, ter-se-ia que o condenado por tráfico de entorpecente seria exonerado de seu serviço público; perderia a guarda de seus filhos; instalaria uma situação complicada na vida conjugal; diminuiria o padrão financeiro da família, ou caso fosse a única fonte de renda seus vencimentos, deixaria a família em situação financeira delicada; deixaria de produzir para a sociedade e, pior, provavelmente sairá da prisão, onde conviveu com verdadeiros traficantes, com conceitos deturpados.

Esta situação atenta contra a segurança pública pelo óbvio. Retira-se um cidadão produtivo por algum tempo da sociedade, deixa um período em um local com padrões morais com os quais a sociedade não concorda, e depois o encaminha de volta à sociedade, porém, desta vez, desempregado. A aplicação da letra fria da lei, nesse caso hipotético, mas verossímil, causaria um grande problema social.

Quanto ao tema, muito embora a Lei 11.343/2006, em seu artigo 33, § 4º, vede a aplicação de penas restritivas de direitos para os casos de tráfico de entorpecente, mesmo sendo o agente primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, o juiz federal Mário Azevedo Jambo, da 2ª vara federal de Natal/RN, conforme noticiado no jornal local, Diário de Natal, aplicou pena restritiva de direitos a uma estudante, presa pelo crime de tráfico internacional de drogas.

Segundo a matéria, o magistrado condenou a sueca Hanna Maria Hillerstrom, flagrada tentando embarcar para o continente europeu com mais de dois quilos de cocaína, em setembro do ano de 2009, a ler livros e continuar a estudar. A sentença substituiu a pena de prisão, superior a três anos, que poderia ter sido aplicada ao caso. Ao comentar sobre a decisão na matéria jornalística, o juiz disse:

com todas minhas limitações, não abro mão da responsabilidade que me foi imposta pela Constituição da República em buscar no caso concreto, para cada acusado e dentro da lei, a pena estritamente necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito cometido, buscando, principalmente, a recuperação do apenado e a restauração e reversão, na sociedade, dos fatores facilitadores da reincidência (SOUZA, 2009, p. 01).

Sem fazer juízo de valor sobre o entendimento de referido magistrado, o qual é ousado, podendo-se dele qualquer um discordar. A questão que interessa para este trabalho é que ele decidiu desta maneira, e assim o fazendo, atuou nos termos do ativismo judicial revelador, uma vez que o juiz entendeu no caso concreto, que o intento da lei, qual seja, o combate a novas práticas de crime da mesma espécie, bem como a ressocialização da ré, seria mais facilmente atingida por meio de outra medida que não a privação da liberdade.

3.6.4 Individualização da pena na fase judicial executiva

Os três exemplos anteriores referem-se a situações onde o julgador, no caso concreto, havendo a previsão legal da imposição da privação da liberdade, substitui referida medida por uma pena restritiva de direitos, observando-se o princípio por detrás da norma, buscando uma pena mais eficiente para a situação.

Costa (2008, p. 91), entretanto, vai além, ao defender que o juiz, no caso concreto, após ter ocorrido o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória, estando o processo em fase de execução, em vislumbrando que a medida mais adequada não seja a privação da liberdade, pode conceder benefícios ao executado, mesmo que não haja previsão legal para tanto, em privilégio ao princípio da individualização da pena e o diz nos seguintes termos:

Mas, se houver elementos para uma individualização da pena na fase executiva, **ainda que não haja previsão legal**, o intérprete deve – atendendo ao princípio regente da matéria (individualização da pena) – dar solução ao caso da forma que melhor atenda ao princípio constitucional. [GRIFO NOSSO]

Prossegue o autor, apresentando algumas situações, as quais denomina de “parâmetros específicos” para justificar a concessão de benefícios ao executado, ainda que fora dos casos previstos em lei, lembrando que tais situações devem ser analisadas no caso concreto, caso a caso, sempre em privilégio ao princípio da individualização da pena.

Invocando o artigo 227 da Constituição da República que protege a família, defende o autor que o convívio com a comunidade ou com a família, em algumas situações deve embasar a decisão do juiz para fazer cessar a pena privativa de liberdade imposta, antes de seu término, apesar de não haver a previsão legal de tal benefício, desde que se entenda “que a prisão não é mais a medida adequada e necessária, poder-se-ia pensar na soltura progressiva ou imediata” (COSTA, 2008, p. 92).

Outra hipótese aventada pelo autor é a da aplicação de penas restritivas de direito na fase executória, mesmo após ter havido trânsito em julgado da decisão que submeteu o condenado à privação da liberdade e não havendo previsão legal, mas, como sempre lembra o autor, sendo a medida mais adequada para a satisfação do princípio constitucional da individualização da pena, deve o juiz no caso concreto substituir a pena (COSTA, 2008, p. 93).

Sem adentrar com profundidade, bem como sem fazer juízos de valor sobre tal entendimento, o que deve ser observado é que, caso um juiz julgue da maneira como foi proposto por Costa, estará havendo a aplicação do ativismo judicial revelador, relacionado à privação da liberdade.

3.6.5 Princípio da bagatela

Um último exemplo de hipótese de incidência do ativismo judicial relacionado ao direito penal, pode ser observado na aplicação do princípio da bagatela ou da insignificância. Bitencourt (2009, p. 21) leciona que tal princípio foi utilizado pela primeira vez pelo alemão Claus Roxin em 1964, tendo tal princípio como postulado básico o brocardo latino *mínima non curat praetor*.

Basicamente, a adoção de tal princípio faz com que o direito penal ocupe-se tão somente de situações relevantes, deixando as insignificantes de lado. Desta forma, doutrina e jurisprudência identificam algumas situações em que a violação do bem jurídico é tão irrisória que o direito penal não deve ser acionado, em face da insignificância da violação do bem protegido. É neste sentido o magistério de Capez (2008, p. 11-12), ao afirmar “ser inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido”, e mais adiante, afirma que referido princípio “não é aplicado no plano abstrato [...] deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades”.

A utilização de tal princípio pelo julgador vai além das outras hipóteses apresentadas acima, uma vez que além de afastar a privação da liberdade, afasta o próprio direito penal, sendo declarada a conduta atípica, uma vez entender-se não ter sido violada a norma material estabelecida, apesar de formalmente prevista em lei.

3.7 Sistema de freios e contrapesos e o ativismo judicial

Sabe-se que a melhor maneira de não se corromper com o poder é não o possuindo. Essa frase vale para o indivíduo e o cidadão comum. Entretanto, o Estado não pode evitar a posse e exercício do poder. É muito também querer que qualquer poder se autolimite, sendo essa opção praticamente impossível. É finalidade do constitucionalismo desenvolver mecanismos que impeçam a deturpação do poder, fazendo com que esse fique nas mãos de uma única pessoa ou órgão único, como já dito, este foi um dos problemas que a tripartição dos poderes se propõe a resolver.

A construção de institutos do Direito, especificamente no caso analisado do direito penal, sendo mais específico ainda, do Direito relacionado à pena privativa de liberdade, deve se dar paulatinamente pelo Estado, por meio do poder soberano que é do povo, mas que é exercido de forma tripartite pelos conhecidos órgãos ou poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O que se teme e pode ser levantado como argumento, é que, em decidindo o Judiciário além dos limites estabelecidos pela letra da lei, buscando seus fundamentos e finalidades, que se saia do arbítrio do legislador e se caia no arbítrio do juiz com a prática do ativismo judicial.

A aplicação do ativismo judicial surge como complemento às lacunas deixadas pelo positivismo, não podendo se pretender a substituição por completo de um pelo outro, antes o complemento mútuo. O ativismo judicial traz consigo uma série de características alheias ao positivismo, como lembrado por Pires (2011, p. 36) que menciona a aproximação com a moral, aplicação direta de princípios, ponderação, razão prática e argumentação – todas essas são questões negadas ou simplesmente ignoradas pelo paradigma positivista, que se revela, portanto, manifestamente insuficiente para apreender a realidade jurídica atual e para lidar com ela. Nesse contexto, ganham em importância as doutrinas pós-positivista, definitivamente mais adequadas ao direito brasileiro. A superação do positivismo não deve ser compreendida

como o completo abandono do instrumental teórico desenvolvido pela doutrina positivista, nem como um simples retorno ao jusnaturalismo.

Continua o autor apontando o lado negativo do ativismo judicial, ao afirmar que

[...] o pós-positivismo vem mostrando uma faceta negativa na forma como vem sendo aplicado. O resultado é, por um lado, mais Constituição, mais Estado, mais Judiciário, mais princípios e termos indeterminados; e, por outro, menos respeito à lei, menos autonomia, menos democracia e menos segurança. (PIRES, 2011, p. 37).

E arremata apontando quatro problemas do pós-positivismo: primeiro, a constitucionalização de tudo; segundo a expansão da constituição como sinônimo da expansão do direito; a judicialização da vida, que nada mais é do que uma ditadura imposta pelo poder judiciário, que se enfronha na vida do cidadão de forma excessiva e quarto, se não se impõem limites ao judiciário, abre-se espaço para o decisionismo e o subjetivismo, acabando-se com a segurança, em busca da justiça, violando-se, inclusive, o princípio da isonomia, aplicando-se para casos iguais, soluções diferentes.

Todos estes argumentos levantados pelo autor não podem ser desprezados. Antes, necessário se faz que a Constituição Federal, com seus mecanismos, prevaleça, a fim de que o judiciário não seja elevado ao patamar de superpoder intocável, pois não o é. O problema a ser resolvido, portanto, é fazer com que o judiciário deixe de ser mero aplicador da lei, quando a simples submissão do fato à norma se demonstrar ineficaz para o caso concreto. E, de outro lado, não descuidar para que esta prática pelo judiciário faça deste órgão do poder um monstro sem controle. A seguir, a sistemática constitucional para que a aplicação do ativismo judicial revelador não extrapole as medidas do razoável constitucional.

Atualmente, a função do *parquet* não é somente de fiscal da lei, antes, fiscal da aplicação constitucional da lei. Assim, no caso concreto, o Ministério Público analisará a aplicação por parte do judiciário de medidas outras que não a privação da liberdade, quando seja esta a medida imposta pela lei, mas não a mais adequada ao caso concreto, segundo a ótica do julgador. Caso concorde, e também entenda ser esta a medida mais adequada, após tomar ciência da decisão, nada fará. Em discordando, poderá recorrer à instância superior, apresentando os argumentos para que seja imposta a privação da liberdade.

Em grau de recurso, os tribunais podem, pelo sistema recursal constitucional, reformar as decisões prolatadas nos termos propostos no presente trabalho, caso entendam não ser o caso de buscar a finalidade ou espírito da lei, mas aplicá-la em sua literalidade, posto que na maioria dos casos o espírito da lei é alcançado em sua mera interpretação literal.

Por fim, poderá sempre o legislador controlar esses tipos de decisões em casos específicos, caso se torne pernicioso para a sociedade, proibindo expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito ou a proposta de Suspensão Condicional da Pena, ou ainda a concessão de Suspensão Condicional do Processo, tal qual foi estabelecido na lei 11.340/2006, conhecida como lei Maria da Penha¹⁷.

Decisões de juízes de primeira instância são passíveis de recursos e sendo as mesmas confirmadas, podem se tornar jurisprudência dos Tribunais. Essa jurisprudência, acompanhada de produção científica e doutrinária, deve desembocar em alteração legislativa. Essa série de fases deve se repetir em uma constância sem fim, lapidando-se a aplicação da pena privativa de liberdade. Pelo sistema de freios e contrapesos, a pena privativa de liberdade se aperfeiçoará em um constante ciclo virtuoso.

Pode ser argumentado que o juiz decidindo da forma exposta até aqui, estaria fora dos parâmetros da lei, violando o princípio da legalidade. Porém tal argumento apresenta certo equívoco, tendo em vista o juiz estar aplicando a intenção da lei, saindo de sua mera literalidade, decidindo segundo o objetivo legal.

A finalidade não é a violação ou o descarte do princípio da legalidade, antes, sua evolução, posto ser a legalidade uma das grandes conquistas da humanidade no âmbito do direito, principalmente na seara penal.

Entretanto, não se pode esquecer que a aplicação da legalidade de forma literal nasceu com o objetivo de proteger o cidadão de desmandos do Estado. Estaria sendo violado o princípio da legalidade, caso se ampliasse as hipóteses de aplicação da pena privativa de liberdade, sob o argumento de que esta reprimenda estatal tem como objetivo assegurar o princípio da segurança pública, e querendo extrair o espírito da lei, viola-se a liberdade do indivíduo.

Em outras palavras, a aplicação de princípios constitucionais para ampliar a incidência da norma penal só tem validade se for a favor do réu, nunca contra este. Afirme-se novamente, o presente trabalho objetiva trazer para o Direito Penal o que vem sendo estudado, pesquisado, descoberto e conquistado no âmbito constitucional.

Parece que o ativismo judicial revelador, aplicado de forma moderada, observando-se o sistema de freios e contrapesos tal qual acima exposto, no contexto atual, é a melhor ferramenta que o Poder Judiciário tem às mãos para conseguir, no caso concreto, que a pena

¹⁷ O artigo 17 de referida lei prescreve: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

privativa de liberdade se torne mais eficaz no Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, pois a privação da liberdade, em alguns casos, é eficiente quando fica somente na esfera da ameaça e não da concretização, sendo a medida subsidiária do ramo do direito subsidiário que é o direito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O clamor pela humanização da privação da liberdade se dá tendo em vista as condições em que se encontra tal instituto, uma vez que o cidadão, muitas vezes, quando lançado ao cárcere é esquecido. A regra é que, adentrando os muros dos presídios o cidadão não tenha qualquer condição de lá sair com valores que, de volta à sociedade, contribua para a construção dos princípios estabelecidos na Constituição Federal em seus artigos 1º a 5º.

Como dito neste trabalho, deve a privação da liberdade prezar pela dignidade da pessoa humana, sendo um dos princípios vetores para atingir este desiderato, a fraternidade. Não é simples a tarefa do legislador de fixar de forma concreta as condutas que devem ser retribuídas com a privação da liberdade. Um dos critérios adotados é a punição de forma mais grave das condutas que ofendam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Contudo, falta cientificidade ao legislador brasileiro na elaboração das leis no que tange à fixação da privação da liberdade. Muitos crimes são tidos como graves, levando-se em consideração tão somente o critério da pena cominada abstratamente. A busca desta cientificidade criteriosa, juntamente com o princípio da proporcionalidade é de extrema importância para dar início à transformação da privação da liberdade em uma pena eficiente.

Foi também abordando no trabalho a questão da modificação do paradigma na apreciação dos casos em que a privação da liberdade deve ser imposta. Pela letra da lei, a privação da liberdade deve ser imposta quando uma norma proibidora de uma conduta, ameaçada com a privação da liberdade, é violada. Alterando-se o paradigma, deve ser analisada qual é a finalidade da privação da liberdade e se, no caso concreto, apesar de ter sido a norma violada, havendo a possibilidade legal de imposição da prisão, se é oportuna sua aplicação.

No atual estágio da democracia, quando se busca uma pena privativa de liberdade mais humana, o primeiro passo para que assim seja, é torná-la de fato a última opção do legislador e posteriormente do magistrado. Nesse contexto, o juiz deve procurar de todas as maneiras possibilitar que a privação da liberdade não se dê, aplicando na condenação ao cidadão uma medida prevista em lei, distinta da prisão, tal qual a multa, suspensão condicional da pena, livramento condicional, restrição de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição de determinada atividade, restrição de direitos, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Contudo, em muitos casos, o espírito motivador da lei que está por detrás de qualquer um destes institutos, não foi previsto de forma satisfatória pelo legislador. Assim, deve o julgador, analisando o caso concreto, visando aos ideais da Constituição Federal, aplicar um destes institutos, mesmo que não expressos na lei, porém, o mais adequado ao caso concreto. Com base em tudo isso, e no mais que foi exposto neste trabalho, pode-se chegar às seguintes conclusões:

Em primeiro lugar, a pena privativa de liberdade possui significados para os diversos atores envolvidos no momento de sua aplicação. Possui significados específicos para o apenado, para a sociedade e para o Estado.

Segundo, a pena privativa de liberdade possui oportunidades de aplicação, não devendo ser entendido oportunidade de aplicação como momento que não pode ser desperdiçado ou como consequência jurídica inafastável contra a prática de certos crimes, antes, como o momento mais adequado para sua verificação, desde que haja a confluência de alguns fatores, quais sejam, violação de norma penal, em respeito ao princípio da legalidade formal; necessidade e suficiência para a repressão e ressocialização, em homenagem à legalidade material.

Em terceiro, conclui-se que a pena privativa de liberdade possui finalidades, sendo as principais a prevenção geral, prevenção especial e a principal delas, a ressocialização. Ao mesmo tempo que a ressocialização é a finalidade mais importante, também é a mais difícil de ser alcançada.

Em quarto lugar, conclui-se que no Estado Democrático de Direito, além das finalidades tradicionalmente relacionadas à pena, devem também ser incluídas no rol de suas finalidades, o que está estabelecido na Constituição Federal em seus artigos 1º a 5º.

Conclui-se, em quinto lugar, que a fraternidade não pode ser descartada na análise da pena privativa de liberdade, pois é vetor do Estado Democrático de Direito, podendo-se, por meio dela, fazer prevalecer tanto a dignidade da pessoa humana, quanto a liberdade e a igualdade.

Conclui-se, ainda, que o judiciário tem uma nova maneira de agir dentro da atual ordem penal constitucional, ou na aplicação do direito penal constitucionalizado, não podendo somente ser mero aplicador da letra da lei ao caso concreto, antes, deve observar qual a melhor decisão para o caso concreto, tendo-se por base a Constituição Federal.

Verifica-se também que o ativismo judicial revelador é o instrumento legítimo que possibilita o julgador tornar-se construtor do direito em continuidade ao legislador.

Por fim, conclui-se que o ativismo judicial revelador já vem sendo aplicado na prática do judiciário brasileiro, principalmente para aplicar penas restritivas de direitos a casos que a lei previu abstratamente a privação da liberdade. Nestes casos, têm os julgadores entendido que o legislador não conseguiu prever certas nuances do caso concreto, e a aplicação da letra da lei nestas situações não é a melhor opção.

Observa-se que o defendido no presente trabalho não é a solução para a pena privativa de liberdade no Brasil, entretanto, a primeira medida a ser adotada de forma urgente, é torná-la a última opção, não somente do legislador, mas também do juiz em sua sentença condenatória.

Longe de ser abolida, necessário se faz torná-la mais eficiente o quanto antes, para que a privação da liberdade deixe de ser instrumento de marginalização social, tornando-se ferramenta eficiente e apta para os anseios do Estado brasileiro, que busca em todas as áreas da sociedade ser democrático e de direito.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere postet – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

AREND, Lijphart. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 out. 2010.

BÍBLIA. **Nova versão internacional, língua portuguesa**. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2000.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados e a atuação do fisco**. 2003. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2003.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Criminologia e sociologia criminal. Pena e substitutivos penais. Aplicação da lei penal. Instituições e institutos processuais**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum** - obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Vade Mecum** - obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Vade Mecum** – obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Vade Mecum** – obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Vade Mecum** – obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, altera o código de processo penal, o código penal e a lei de execução penal; e dá outras providências. In: **Vade Mecum** – obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sanad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências. **Vade Mecum** – obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Anibal. **Direito penal, parte geral. Pena e medida de segurança**. São Paulo: Forense, 1967. tomo 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12. ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CINTRA, Guilene Christiane Advocat. **A despenalização do crime de furto e a possibilidade da aplicação de penas alternativas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2358, 15 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14022>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

COSTA, Gerdinaldo Quichaba. **Uma leitura constitucional sobre o alcance do princípio da individualização da pena na fase judicial executiva**. 2008. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. 37. São Paulo: Max Limonad, 1975. vol. 1. tomo II.

GÊNOVA, José Jairo. **Infrações penais de menor potencial ofensivo à luz dos princípios constitucionais**. 2007. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8383>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

GUEDES, Pedro Dumans. **Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 438, 18 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

KIVITZ, Ed René. **Vivendo com propósitos**. 1. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2003.

_____. **Quebrando paradigmas**. 7. ed. São Paulo: Abba Press, 2008.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desenhos e padrões de governo em 36 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Aspéctos da democracia brasileira**. In: Café Filosófico. Palestra proferida no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2010.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Celso Albuquerque; SARMENTO, Daniel; REIS, Márcio Monteiro; AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 25 ed. ver. e atual. até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009. v.1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos. Discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Coord.) **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011.

PUPO, Matheus Silveira. **A multa alternativa e a transação penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 203, out. 2009.

QUEIROZ, Carlos. **Ser é o bastante: felicidade à luz do sermão do monte**. Curitiba: Encontro, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal. Curso completo. Parte Geral.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUY, Fernando Estevam Bravin. **Conflitos entre princípios e regras.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1981, 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12034>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Aparecido dos. **Instrumentos de exceção legislativa, inseridos na Constituição Federal do Brasil: decreto lei na Constituição Federal de 1967 e medida provisória na Constituição Federal de 1988.** 2000. 305 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SOUZA, Paulo de. **Pena alternativa para o tráfico.** Jornal Diário de Natal, Natal, 9 dez. 2009. Edição de quarta-feira, p.1 Disponível em: <<http://www.diariodenatal.com.br/2009/09/cidades3>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

WU, Linda Luiza Johnlei. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicação na pena privativa de liberdade: uma obrigação do Juiz.** 2006. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006.