
Ativismo judicial e prisão

Hébertt Paulo Leme dos Santos*

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a tripartição dos poderes na Constituição Federal, bem como o papel que o poder judiciário deve exercer atualmente no Brasil, papel esse que não pode mais resumir-se à mera subsunção do fato à norma. A norma deve ser estudada pelo judiciário para que este reconheça sua constitucionalidade e se ela coopera para a construção do Estado Democrático de Direito que se almeja. A análise é feita principalmente em relação à pena privativa de liberdade, que deve ser a última opção do Estado de imposição de pena.

Palavras-Chave: Tripartição de Poder; Ativismo Judicial; Pena Privativa de Liberdade.

1. INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade, em um primeiro momento, pode parecer assunto já superado, uma vez que desde Marques de Beccaria, passando por Michel Foucault, muito tem sido escrito.

* Bacharel em Direito. Especialista em Ciências Criminais. Mestre em Teorias do Direito e do Estado. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Paulista – UNIP de Bauru. Chefe da Seção Criminal do Fórum da Comarca de Duartina.

Entretanto, o tema não está esgotado por um motivo simples, 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. Alegoricamente falando, a pena privativa de liberdade parece um quarto de despejo, posto que nestes ambientes, sempre que revirados, observa-se que algo tem que ser feito, mudando coisas de lugar para se acrescentar outras, tendo, inclusive, sempre, que jogar fora muitas outras.

Se a pena privativa de liberdade pode ser tratada como quarto de despejo, ao contrário, os presídios, local onde se cumpre a pena em comento, não podem ser encarados dessa forma, ou seja, depósito de gente, onde aquele que cometeu um crime é segregado da sociedade, tendo em vista demonstrar não ter condições de nela conviver, esperando-se que depois volte melhor ao convívio da mesma sociedade. A idéia é contraditória pelo óbvio, os valores aprendidos nos presídios são piores que aqueles da sociedade da qual se saiu.

A privação da liberdade deve ser constantemente lembrada e debatida, pois está aumentando. Aliás, todo e qualquer problema que se pretenda resolver no Brasil deve ser feito com paciência, atenção e estudo profundo, pois tudo neste país é complexo e macro: saúde, educação, saneamento básico, economia, trabalho informal e a pena privativa de liberdade.

Como constantemente é dito que o Brasil é um país de extensão continental, muitas vezes se perde a profundidade dessa afirmação. Como é muito grande, a criação de legislação eficiente para todo território nacional é difícil, pois a realidade do Acre é distinta daquela de Santa Catarina. Desejar que o magistrado do Pará decida da mesma forma que o juiz de São Paulo é utopia. Assim, somente a lei é insuficiente para resolver a questão da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, o presente trabalho busca analisar o papel do Judiciário na implantação de medidas que tornem a pena privativa de liberdade eficiente, tendo-se em mente a tradicional tripartição dos poderes e 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 é somente uma das frentes a serem atacadas, posto que, legislativo e executivo devem também atuar de modo a tornar a pena privativa de liberdade eficiente.

2. REFLEXOS DA TRIPARTIÇÃO DO PODER NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Tornar o Estado mais eficaz especializando funções e combater o absolutismo. Em linhas gerais, estes são os dois objetivos da separação ou tripartição dos poderes proposta por Montesquieu. Suas idéias perpassaram o tempo, sendo adotadas por um sem número de Estados na atualidade, evidentemente, com variações.

Sabe-se que a expressão tripartição de poder não se refere à divisão do poder soberano do Estado que é uno. 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 ser interpretado da seguinte maneira: *são órgãos do Estado, cada qual especializado em realizar determinadas funções do poder pertencente ao povo, sendo esses órgãos independentes e harmônicos entre si, posto que não poderia haver colisão nesse 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. Não, é parte do cerne do Estado Democrático de Direito.

No magistério de Elival da Silva Ramos 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.* (2010, pag. 111). (grifamos).

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.

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

É de se acrescer, 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, admitido-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. (2010, Pag. 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 perfeitamente à liberdade que se perde com a imposição da pena privativa de liberdade.

Karl Loewenstein vai além, ao declarar:

Os seguintes elementos fundamentais estão considerados como o mínimo irredutível 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 (Pag. 153)

Observe-se que 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, Loewenstein discorre 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 esse limitado, posto que é impossível à natureza humana aquele que é 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.”

Desta forma, conclui-se o óbvio, mas que facilmente passa despercebido da maioria: tripartição de poder está intrinsecamente ligada à pena privativa de liberdade. A questão é que a relação entre direito penal e o constitucionalismo é de

flerte à distância, longe está de se tornar casamento harmonioso. Entretanto este enlace urge em ocorrer.

A relação entre tripartição de poderes e pena privativa de liberdade pode ser observada principalmente no momento em que se concretiza a individualização da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal, ocasião em que o julgador deve se valer das balizas estabelecidas pelo poder legislativo.

Cabe ao legislativo elaborar em um primeiro momento as leis que serão aplicadas na esfera criminal descrevendo condutas criminosas e cominando penas, bem como disciplinando a execução penal. Deve também referido órgão fiscalizar a utilização da verba destinada aos órgãos encarregados da execução da pena. De outro lado, o executivo destina verbas e estrutura o sistema que irá implementar a pena privativa de liberdade, construindo presídios, contratando pessoal dentre outras funções. Sobre legislativo e executivo, por ora é o bastante.

E o papel do Judiciário? Se a letra da lei no caso concreto não corresponder ao seu espírito, 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 espírito da lei? Qual a forma para se adotar esse posicionamento?

3. A CRISE DA LEGALIDADE

A legalidade, sem qualquer sombra de dúvidas, 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, bem como não ter dúvidas a respeito da consequência da conduta, 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.

Em verdade, legalidade é sinônimo de segurança jurídica, mas 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 desconforto. Contudo, esquece-se que a legalidade dentro do direito penal tem como um dos principais objetivos impedir desmandos do Estado. Dessa forma, ampliando a possibilidade da aplicação da norma, em prol do réu, não se estará violando a legalidade, antes, viabilizando a aplicação do espírito da lei, não somente de sua letra.

3.1 DIREITO PENAL

Falar de Direito Penal significa, de certo modo, falar das coisas ruins que o ser humano faz, posto que é fato ser o homem um ser essencialmente gregário. Une-se desde os primórdios com seus iguais visando uma série de objetivos em comum. Nasce assim, em noções gerais, as sociedades. Porém, da mesma forma que o homem visa aproximar-se de seus semelhantes, demonstra, desde o passado mais remoto, uma dificuldade tremenda em relacionar-se de maneira harmoniosa e pacífica com aqueles que chama de irmãos. O Mestre Jesus Cristo, há mais de dois mil anos, no Evangelho de Mateus (2000, p. 781), capítulo 15, nos versículos 19 e 20¹ diz que “do coração saem os maus pensamentos, os homicídios, os adultérios, as imoralidades sexuais, os roubos, os falsos testemunhos e as calúnias. Essas coisas tornam o homem impuro”. Com essas palavras Jesus quis demonstrar que o ser humano por natureza é mal.

Vivendo em sociedade, essa maldade manifesta-se 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, fazendo nascer no âmbito da família a rebeldia; da religião o pecado; da ética a imoralidade; da administração a infração administrativa; da vida civil o ilícito civil e no âmbito penal o que hoje chamamos delito ou crime.

Ainda 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. Por meio do 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).

Nessa linha de raciocínio, deve-se ter em mente que o Estado, 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 desse 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 esse 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. O direito penal deve, portanto, ser entendido como sendo o ramo do Direito que define os crimes, comina as penas e limita através 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, a principal relação é com o direito constitucional.

Infelizmente, a doutrina predominante, apesar de aceitar a idéia 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 este 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.

3.2 A LEI E O DIREITO PENAL

O Estado somente pode definir a conduta como crime por meio de lei em sentido estrito (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, art. 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, em este se configurando, o Estado não pode ficar inerte, parado. Deve agir observando as normas e princípios impostos pelo Direito Penal, investigando, acusando, julgando, se for o caso, condenando e executando 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, então, 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 visa que aquele indivíduo conscientize-se que não vale a pena delinquir.

O direito penal é eminentemente sancionador, não visa criar bens jurídicos, antes, protegê-los. O conjunto de leis que definem os crimes e cominam as penas, é o direito positivo ou o Direito posto. 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. 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?

3.3 DIREITO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º preceitua que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”. 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 é, ou, como deve ser a lei penal em um Estado Democrático de Direito?

Para se entender o avanço que a legalidade representa, necessário se faz passar pela noção de absolutismo. Recebe este nome, o Estado no qual o poder absoluto pertencia ao soberano. Esse poder absoluto era exercido sem observância de qualquer limite ou regra. Ou seja, o monarca agia conforme pretendesse satisfazer os interesses do Estado ou então seus caprichos. Não havendo legislação positivada, os súditos ficavam à mercê do ânimo de seus governantes que, não poucas vezes, agiam com desmandos.

Em contraposição ao Estado absolutista, surge o Estado de Direito. Com a ascendência da burguesia, necessário se fazia criar instrumentos que garantissem segurança em face do rei. Pretendia-se uma igualdade em face do monarca. Assim, com o surgimento do Estado de Direito, há um enorme avanço no combate ao absolutismo monárquico, uma vez que doravante há uma igualdade jurídica entre os homens, havendo submissão de todos ao império da lei. Em um Estado de Direito quem governam não são homens, mas sim leis.

Contudo, perante a lei, a igualdade é meramente formal, uma vez que os homens são iguais porque a lei diz que são, mas de fato a igualdade não existe. Além disso, a simples existência de um Estado sob o manto de leis, não quer dizer necessariamente que este Estado seja justo, pois pode um Estado criar leis injustas. E mais, deve ser lembrado que no Estado de Direito é crime aquilo que a lei diz que o é. Deverá ainda ser aplicada a pena tal qual prevista em lei em um conceito meramente formal. Tem forma de crime, então é crime. Está previsto como pena, então pode ser aplicada. Dessa feita, se a lei diz “ser judeu é crime”, por mais injusta que seja essa lei, deverá ser cumprida. Apesar do progresso em relação ao absolutismo, percebe-se que o cidadão saiu dos abusos do monarca para cair, em alguns aspectos, sob os abusos do legislador.

A evolução do positivismo desemboca, portanto, 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 o bem comum do povo. Assim, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito pois além de ser governada 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. Em um Estado Democrático de Direito não governam homens, mas leis constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 expressa essa ideia em seu artigo 1º, § único quando declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ainda, o mesmo artigo 1º traz alguns desses fundamentos postulados da democracia que são 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: 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 estes elementos que constituem 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 estar formalmente positivadas em lei. Entretanto, esta lei não poderá ser arbitrária, devendo espelhar a vontade soberana do povo. Os órgãos que sustentam a democracia (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Imprensa...) devem zelar para que todo tipo penal, formalizado em lei, esteja de acordo com a Constituição Federal.

Conclui-se, portanto que em um Estado Democrático de Direito o Direito Penal não pode ser entendido meramente como aquilo que o legislador quer. Mais que isso. Sendo um direito penal constitucionalizado deve observar os princípios expressos ou implícitos na Constituição Federal, além de outros que se coadunem com ela.

4. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

No Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, além das finalidades que tradicionalmente lhe são atribuídas, deve a Pena Privativa de Liberdade também cooperar para a consecução dos anseios expressos nos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Constituição Federal, bem como no previsto em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil for signatário.

Dessa forma, não há como entender que uma Pena Privativa de Liberdade está sendo eficiente, atingindo sua finalidade no Estado Democrático de Direito, caso ela agrida a cidadania do cidadão ou viole de qualquer maneira o indivíduo em sua dignidade.

Se a pena privativa de liberdade não contribuir para a construção, de qualquer forma que seja, de uma sociedade livre, justa e solidária, esta pena deverá ser repudiada. A pena privativa de liberdade contribui para a erradicação da pobreza ou da marginalização? Sendo a resposta negativa, 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? Essa pena deve ser redefinida.

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. Consequentemente 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.

O Estado Democrático de Direito também é compromissado com as garantias fundamentais e aquilo que vem previsto no artigo 5º da Constituição Federal que revela a vontade do Brasil nessa matéria. A questão que se impõe é se as garantias fundamentais estão sendo fortalecidas ou violadas com a manutenção desta espécie de pena e a maneira como vem sendo aplicada.

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

A pena privativa de liberdade também 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 tudo que diga respeito à dignidade da pessoa humana.

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 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 condenados¹.

Não se postula neste trabalho os ideais do abolicionismo penal. A pena privativa de liberdade é necessária e legítima no ordenamento jurídico, não contrariando a ordem constitucional, entretanto, tal qual lecionado por Barroso, deve ser imposta e cumprida sob a égide dos valores impostos pela Carta Magna:

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. (2007)

O que se observa é que em relação à pena privativa de liberdade, os anseios da República Federativa do Brasil estampadas nos artigos 1º ao 5º, em sua grande maioria, vêm sendo ignorados. A pena privativa de liberdade afronta a dignidade da pessoa humana, produz marginalização, não ressocializa, não torna a sociedade mais justa ou solidária, enfim, a pena em comento milita contra a formação do Estado que se almeja.

Depósito de gente é como os presídios são tratados, entretanto, escolas de desconstrução dos valores do Estado é que são. As pessoas não entram e saem do presídio da mesma maneira. Elas entram de uma forma e saem piores, os valores da família, da sociedade, da Constituição, do convívio sadio não são passados e, os que tinham, muitas vezes são perdidos no decorrer dos dias, por isso esta reprimenda estatal deve ser evitada ao máximo.

Não há soluções prontas. O problema está posto e deve ser rediscutido. A pena privativa de liberdade, historicamente é ‘privilégio’ dos pobres e marginalizados, excepcionalmente atinge pessoas de classes mais abastadas. Se não for por solidariedade, amor, fraternidade ou qualquer outro sentimento nobre, ao menos que se repense esse tipo de punição por egoísmo, uma vez que as consequências da

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

maneira como vem sendo tratado o assunto já tem atingido reflexamente pessoas que, em um primeiro momento, nada tem a ver com o problema. Urge que algo seja feito de forma mais incisiva, antes que todos sejam atingidos diretamente.

5. ATIVISMO JUDICIAL REVELADOR COMO INSTRUMENTO LEGÍTIMO PARA TORNAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE O ÚLTIMO RECURSO

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. Desta feita, falar de Estado Democrático de Direito é falar de um Estado cujas funções são bem distribuídas.

Sabe-se que 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 o papel do judiciário.

Porém, há muito o Judiciário deixou de ser mero aplicador cego da lei. Não subsiste atualmente a idéia de juízes que simplesmente analisam a norma e o fato, submetendo este àquela. Não, 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, ou seja, se está de acordo com os anseios democráticos.

Barroso apresenta esse novo papel do Poder Judiciário com bastante clareza:

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. (2007)

Dessa forma, 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.

Ou seja, 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 consegue acompanhar para regular, criando 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. pag. 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*. Nestes 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 acobertado por lei, analisando os princípios estabelecidos pelo texto constitucional, bem como o espírito da lei que regula situação semelhante, soluciona o problema que lhe foi apresentado com base nessa análise.

5.1 NOVO JUDICIÁRIO PARA UMA ORDEM PENAL CONSTITUCIONAL: APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

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 tornar esta pena a última opção a ser adotada.

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. Dessa forma, defende-se que, em sendo o direito penal a *ultima ratio* (última opção) 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* penal, suspensão condicional da pena, 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* penal? Segundo Claus Roxin (2007), 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. Esses 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 a lei, antes, a seu favor, ampliando a possibilidade prevista no texto legal, verificando-se o *ativismo judicial revelador*.

A aplicação dos institutos da maneira descrita, ou seja, 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. Não, 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 à pena privativa de liberdade, mas sim a uma pena alternativa ou à imposição da

suspensão condicional do processo, ou suspensão condicional da pena, ressalte-se, todas possibilidades já prevista em lei. Assim, estará o julgador, nos dizeres já citados de Barroso, 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.

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 diretrizes 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 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, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Extrair 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. É esta a função do operador do direito no momento em que está julgando, resolvendo o conflito posto diante de si.

6. DUAS POSSÍVEIS CRÍTICAS AO PAPEL DO JUDICIÁRIO

6.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Pode ser argumentado que o juiz, decidindo da forma exposta até aqui, estaria fora dos parâmetros da lei, violando o princípio da legalidade. Errado, o juiz estaria aplicando o espírito da lei, saindo de sua mera literalidade, decidindo segundo o objetivo lei.

A finalidade não é a violação ou o descarte do princípio da legalidade, antes sua evolução. 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. Dessa forma, estaria sendo violado o princípio da legalidade, caso se ampliassem as hipóteses de aplicação da pena privativa de liberdade, sob o argumento de que essa reprimenda estatal tem como objetivo assegurar o princípio da segurança pública. Em outras palavras, a aplicação de princípios constitucionais para ampliar a incidência da norma penal só vale 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. 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 o Apóstolo Paulo, é sempre boa, perfeita e agradável (Romanos 12:2), assim como a de Deus.

Não, o legislador não é Deus. Mas o Juiz também não o é, portanto, sua vontade também não é sempre boa, perfeita e agradável. Como solucionar, então, este conflito?

6.2 ARBÍTRIO DO PODER JUDICIÁRIO

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, portanto, desenvolver mecanismos que impeçam a deturpação do poder, fazendo com que este fique nas mãos de uma única pessoa ou órgão único.

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, portanto, 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. Tal argumento, contudo, não prospera, tendo em vista que há mecanismos estabelecidos pela Constituição Federal para a contenção de eventuais abusos.

Em primeiro lugar pelo controle efetivamente feito pelo Ministério Público. 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 poderá postular pela aplicação de pena restritiva de direito ou propor a suspensão condicional do processo ou suspensão condicional da pena, nos casos não abarcados pela lei, desde que compatível com a finalidade destes institutos, tal qual descrita na Carta Magna. De outro modo, em não concordando com a decisão judicial, poderá recorrer.

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, antes, 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 situações específicas, caso torne-se 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 lei Maria da Penha, ao proibir a entrega de cestas básicas em casos de violência doméstica, nos termos descritos no artigo 17².

Decisões de juízes de primeira instância são passíveis de recursos, as quais, confirmadas, podem se tornar jurisprudência das Cortes Superiores. 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 e aperfeiçoando-se a aplicação da pena privativa de liberdade. Assim, pelo sistema de freios e contrapesos, a pena privativa de liberdade se aperfeiçoará em um constante ciclo virtuoso, sendo aplicada de fato somente em último caso.

7. CONCLUSÃO

Não se pode negar que a regulamentação 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

2 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”.

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 advindos da falta de legislação, entretanto, trazem insegurança, pois não se sabe qual a regulamentação para os casos.

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

Entretanto, algumas vezes, antes mesmo de ser aplicada a pena privativa de liberdade ao caso concreto, é possível enxergar que esta não será eficiente. 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.

Os argumentos desenvolvidos até aqui não surgem da maneira como descrita em Gênesis capítulo 1, versículo 1, ou seja, não surge do nada, como Deus criou o mundo. O que é defendido é a aplicação de tudo que vem sendo escrito por doutrinadores no âmbito do constitucionalismo à pena privativa de liberdade.

Prescrição, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, prestação de serviço à comunidade, nesses casos ampliando-se seu raio de incidência, não estará se desrespeitando o princípio da legalidade, antes, se estará analisando qual é o espírito da lei, na medida que contribui para a formação do Estado que se espera, nos termos da Constituição Federal.

A discussão que se levanta é que muitas vezes encerra-se um processo com a subsunção do fato à norma, enquadrando a conduta praticada à lei, sendo o réu condenado à pena privativa de liberdade, sendo que 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.

Parece que o ativismo judicial revelador, no contexto atual, é a melhor ferramenta que o poder judiciário tem às mãos para conseguir, de imediato, fazer justiça, tornando a pena privativa de liberdade definitivamente na *ultima ratio* da *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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.

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

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

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.

MELLO, Celso Albuquerque; SARMENTO, Daniel; REIS, Márcio Monteiro; AMARAL, Gustavo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

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

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

ROXIN, Claus; Arzt, Günter; 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.