

3

A medida da intervenção penal, da aplicação e execução das penas privativas de liberdade no marco de um estado democrático de direito

Não obstante a seletividade patente do sistema de controle penal, principalmente no que tange à aplicação e execução da pena privativa de liberdade, como demonstrado no Capítulo 1 deste estudo, há, ainda, a atuação cada vez mais incisiva da mídia, na abordagem cotidiana da criminalidade e na supervalorização da sensação de medo, inflamando uma grande parcela da população a apoiar medidas penais emergenciais, cada vez mais violentas e invasivas¹.

Tais constatações suscitam uma abordagem da limitação dessa intervenção punitiva máxima, no marco de um Estado Democrático de Direito, mais especificamente, com ênfase na República Federativa do Brasil, que possui um modelo constitucional de proteção aos direitos e garantias individuais, sobre os quais não se podem admitir restrições ou supressões, em nome de uma pseudo-sensação de segurança.

Segundo GALVÃO (2004, p.66),

1 Dentre elas, é possível citar a teorização do alemão Günter Jakobs, que acredita existir na sociedade duas classes de delinquentes: os delinquentes eventuais e aqueles que sentem prazer em delinquir, e por isso se tornam delinquentes habituais, vendo no crime uma verdadeira profissão. Buscando seus fundamentos em Kant e Hobbes, Jakobs disserta acerca da necessidade de distinguir o Direito Penal a ser aplicado a essas duas categorias de delinquente: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do inimigo. Será considerado, portanto, Direito Penal do Cidadão o direito aplicado a todos, sem contudo excluir o delinquente da vigência da norma. O Direito Penal do inimigo, por outro lado, “é daqueles que se constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física até chegar à guerra”. (Jakobs, 2003, p.30). Para o doutrinador alemão, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: a punibilidade prospectiva, ou seja, com referência em um fato futuro, e não num fato já cometido; previsão de penas altamente desproporcionais e a relativização ou supressão de garantias processuais. Jakobs considera necessária a transformação do princípio tradicional do direito penal do fato (orientado pela exclusão da atitude interna do delinquente) em direito penal do autor. Essa nova ótica de análise permite extinguir diferenças entre autoria, participação e colaboração. O objetivo é encontrar determinado grupo de sujeitos, considerados pelo autor como os verdadeiros inimigos, para que então as barreiras de punição possam ser antecipadas na prevenção e punição do crime. Em sentido oposto, ZAFFARONI (2007), faz uma crítica contundente à formulação teórica acima mencionada, porque, para ele, o conceito de inimigo é incompatível com o Estado Constitucional de Direito, ao menos fora dos casos de guerra declarada.

O Direito Penal, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição. A ideologia acolhida pela Constituição condiciona a atividade repressiva estatal (fixa com precisão seus limites e objetivos), de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *ius puniendi* (...). A antiga questão do sentido e dos fins da pena, contextualizada nos princípios fundamentais do Estado Constitucional, deixa de ser um simples exercício filosófico para transformar-se em problema fundamental de legitimação do próprio Estado.

Para que se possa chegar até o delineamento constitucional penal do Estado Democrático de Direito, mormente no que tange à aplicação e à execução da pena privativa de liberdade, necessário se faz uma breve digressão acerca das diversas formas assumidas pelo Estado, desde o seu surgimento, e do papel desempenhado pelo sistema de controle penal, iniciando pelos Estados Absolutistas, passando pelo Estado de Direito (ou Estado Liberal de Direito) e pelo Estado Social, sem olvidar das práticas estatais neoliberais contemporâneas que refletem a política criminal anteriormente abordada neste estudo, ao se proceder à análise do papel da prisão na atualidade.

3.1

Do surgimento do estado moderno aos novos pilares do estado democrático de direito

Inúmeras teorias pretenderam explicar e justificar o surgimento do Estado², mas seu estudo demandaria outro trabalho, por isso, a despeito das variações conceituais e dos diferentes pontos de partida das mesmas, limita-se neste a compreender o fato de que o Estado advém do que se pode denominar institucionalização do poder, decorrente de uma série de circunstâncias que não se esgotam naqueles elementos clássicos: território, povo e nação. (SBARDELOTTO, 2001, p. 28/29).

Desde o século XI, com o reaquecimento das atividades comerciais por toda a Europa, alguns costumes e práticas da Idade Média perderam espaço para o início de um novo período histórico, mas a ascensão dos Estados Nacionais

² Dentre elas, são citadas: a teológica (Tomás de Aquino, Bossuet e outros), a familiar ou patriarcal (Robert Filmer), a da força ou da violência (Oppenheimer), a econômica (Engels), além das chamadas teorias contratualistas (Grócio, Locke, Hobbes e Rousseau), que, apesar de partirem de diferentes premissas, propugnam que o Estado foi produto de um pacto social definido pela livre vontade dos homens.

Absolutistas não está ligada apenas a fatores socioeconômicos, já que muitos são os fatores fundamentais para o entendimento desse processo. Dessa forma, não foi só pelo interesse da burguesia comercial que os Estados Nacionais conseguiram se firmar em solo europeu. Os chamados teóricos do absolutismo³, principalmente no século XVI, forneceram as bases teóricas de legitimação para que essa nova forma de regime político pudesse se firmar.

No Estado Absolutista, a autoridade máxima estava materializada na figura do rei, advindo da nobreza. A partir disso, parece evidente que a classe detentora de terras, poderosa durante o mundo feudal, também participou dos mais elevados postos políticos daquele período. Mas não se pode desvincular do papel da burguesia, que enxergou na unificação político-administrativa (moeda única e um único centro arrecadador de impostos) um meio eficaz de aumentar seus lucros.

Para a criação dos Estados, além do interesse da burguesia e da nobreza, também deveria ser estimulado e efetivado um novo conjunto de valores culturais e ações geopolíticas que pudessem legitimar a nova ordem estabelecida.

Por conseguinte, os Estados Nacionais definiram seus territórios, promoveram a criação de símbolos nacionais, criaram uma única moeda, estabeleceram uma língua oficial e, até mesmo, recontaram e reescreveram as origens do povo pertencente àquela nação.

Outro fator importante na construção do Estado Nacional foi a adesão da Igreja, proclamando o caráter divino do rei, que concentrava em suas mãos um poder quase sobrenatural, colocando-se acima de tudo e de todos, inclusive, em relação a como, quando e quem punir, não encontrando a aplicação da pena, limitações de ordem jurídica, porque o Estado (e, conseqüentemente, sua normalização) era o próprio Rei.

Todas essas medidas fizeram parte de um processo gradual, que, aliado ao Mercantilismo, culminou com a consolidação do que hoje se conhece por Estados Absolutistas.

³ Os mais citados são Nicolau Maquiavel, Jacques Bossuet, Jean Bodin e Thomas Hobbes.

3.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Social

Depreende-se, destarte, da rápida explanação apresentada no item anterior o surgimento do Estado de Direito, na Europa do século XVIII, em oposição ao Estado Absoluto e ao poder ilimitado concedido ao soberano.

Nesse sentido, Sbardelotto (2001, p.30) afirma:

O Estado de Direito surgiu com o objetivo de submeter o poder político às regras do direito, de modo que a administração do governante encontraria no direito as balizas à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos. Pode-se identificar que o Estado de Direito caracteriza-se pela existência de uma ordem jurídica definindo os limites de atuação dos cidadãos e delimitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para a aplicação das regras estabelecidas.

Assim, característica marcante do Estado de Direito seria o controle do poder do Estado pelo Direito, já que seus limites de ação e intervenção estariam rigorosamente nele definidos. A divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, independentes e harmônicos, e o enunciado de garantias de direitos individuais também foram pontos centrais dessa nova conformação jurídica do Estado.

García-Pelayo (1997, p.52-54) considera a existência de duas dimensões do Estado de Direito: a formal e a material. A primeira identifica a legalidade como único parâmetro do Estado, referindo-se à forma de realização de suas ações, reduzidas à lei ou à Constituição. A segunda não se alicerça apenas na legalidade estrita, entendendo que ela deva estar amparada na legitimidade, devendo o Direito ser a expressão de valores jurídico-políticos de uma época.

Conforme Sbardelotto (2001, p.32), sob este prisma, o Estado Material de Direito poderia ser dividido em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Do Liberalismo, movimento surgido na Europa após o século XVI, acentuando-se nos séculos XVII e XVIII, com o homem buscando a liberdade como valor máximo da vida individual e social, surge o Estado Liberal de Direito, que assume um caráter de neutralidade, reduzindo seu campo de intervenção, para possibilitar que cada indivíduo, e cada grupo social possam perseguir seu objetivo.

Copetti (2000, p. 53-54) discorre sobre algumas características dessa conformação estatal, observando que o Estado passa a ser jusracionalisticamente entendido (ou seja, considerado uma “coisa pública” destinada a atender os interesses dos indivíduos)⁴; as funções estatais passam a ser limitadas à garantia da liberdade e da segurança da pessoa e de sua propriedade; a organização e regulamentação da atividade do Estado é estruturada sobre princípios racionais de modo a construir uma ordem justa; a lei seria o eixo de concretização constitucional do Estado de Direito, juridicamente vinculante para a administração pública.

Daí poder se afirmar que a garantia dos direitos individuais frente a intervenções estatais (limitação jurídico-legal negativa) seria o ponto central do Estado Liberal, de forma que, para Sbardelotto (2001, p.36),

O Direito Penal vigente, em sua parte especial, e o sistema punitivo como um todo, não só historicamente, ao tipificar condutas criminosas com ênfase voltada ao interesse individualista, patrimonialista e econômico, privilegiando com benesses camadas sociais excluídas na fatia piramidal efetivamente punida, apresenta-se vinculado ao primado da legalidade, validade e igualdade formais, aos conceitos clássicos de crime e bem jurídico, ainda impregnado dos princípios e ideologia daquele modelo.

Ocorre que as relações econômicas propiciadas por este modelo liberal de Estado produziram fortes desigualdades, com beneficiamento de uma camada da população, em detrimento de outras menos favorecidas. Silva (2003, p.115) afirma que o abstencionismo do Estado Liberal provocou imensas injustiças, e os movimentos sociais, do século passado e deste século, passaram a revelar a insuficiência das liberdades burguesas e a necessidade de justiça social.

A partir daí, o Estado⁵ passa a assumir uma postura mais positiva, em oposição à neutralidade do modelo anterior, e a concepção de cidadania transmuda-se do plano civil e político para a esfera social, afirmando-se pela

⁴ O próprio autor menciona que mais tarde tais interesses foram identificados como sendo os de uma determinada classe, a burguesia, e não daqueles pertencentes à coletividade.

⁵ Sbardelotto (ob.cit. p. 38) afirma que “o modelo constitucional do Estado Social, também identificado como Estado do Bem-Estar ou Welfare State, começou a ser formado com a Constituição Mexicana de 1917, seguindo-se a Constituição alemã de Weimar, de 1919. A constitucionalização da nomenclatura de Estado Social ocorreu, pela primeira vez, na Constituição alemã de 1949, que definiu a República Federal da Alemanha como um Estado federal, democrático e social e, em seu artigo 28, como um Estado democrático e social de Direito.”

garantia de condições vitais básicas para a sobrevivência humana, através da justiça distributiva, e pela correção das desigualdades socioeconômicas.

A respeito do Estado de Direito, na sua formatação social, Galvão (ob.cit.p.69) analisa:

Na perspectiva de um Estado Social, o ordenamento jurídico passa a ser instrumento de realização das metas sociais, e presta-se a garantir a todos os homens a disponibilidade de tudo quanto seja necessário para o desenvolvimento de suas potencialidades, em perfeita harmonia social. Necessariamente intervencionista, em sua nova concepção, o Estado de Direito participa da dinâmica social para garantir que a liberdade individual encontre os meios necessários à realização de suas potencialidades, em busca de melhores condições de vida social. Vale notar que o Estado Social não pode ser confundido com o Estado Socialista, ou qualquer socialização necessariamente esquerdista. O Estado Social resulta da transformação superestrutural por que passou o Estado Liberal e revela-se conciliador, mitigador de conflitos e pacificador, necessário entre o trabalho e o capital, conservando, contudo, irrenunciável adesão à ordem capitalista.

Bonavides (1980, p. 205-210) afirma que o Estado Social deve ser analisado e compreendido nos exatos limites de um constitucionalismo que caminha para a realização democrática.

Para Freire (2005, p. 81), tal conformação do Estado, principalmente na Europa Central, deu origem ao movimento da nova defesa social, também mencionado anteriormente, que enfatizou o papel normatizador e transformador de condutas do sistema penitenciário, conferindo à pena privativa de liberdade a função de correção e reabilitação do delinqüente.

3.1.2

O Estado Democrático de Direito e sua base constitucional

Nos dizeres de Silva (2003, p.112),

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito (...) O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade,

revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Para Galvão (2004, p.70), o Estado Democrático de Direito materializa a terceira fase do Estado Moderno, objetivando superar as limitações do Estado Liberal e do Estado Social, para realizar as premissas democráticas e as garantias jurídico-legais, além de atender as preocupações sociais.

Nas palavras de Copetti (2000, p.58),

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, nele a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Segundo análise de Morais (1996, p. 67), alguns princípios são marcas indelévels do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a constitucionalidade, a democracia, o sistema de direitos fundamentais, a justiça social, a igualdade, a divisão dos poderes, a legalidade e a garantia da segurança e da certeza jurídica.

Em síntese, a diferenciação do Estado Democrático de Direito das demais formas assumidas pelo Estado Moderno, até então, está bem delineada pela seguinte explanação de Sbardelotto (ob.cit. p.41):

O Estado Democrático de Direito agrega aos anteriores um conteúdo de transformação do *status quo*, onde a solidariedade é apensada à questão da igualdade, já objeto do Estado Social e Liberal, com caráter comunitário, de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos. Se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto na democracia, o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum.

Pelo que foi exposto, percebe-se que, no Estado Liberal, o centro das decisões era o Poder Legislativo, de onde emanavam os comandos legais abstratos e genéricos e que buscavam assegurar os direitos individuais idealizados por aquele modelo estatal. No Poder Executivo, focavam-se todas as expectativas no Estado Social de Direito, já que este era o poder responsável por tomar as medidas concretas para implementar o bem-estar social. Por seu turno, no Estado

Democrático de Direito, as atenções se voltam ao Poder Judiciário, que deve reconhecer, materialmente, direitos estabelecidos no ordenamento jurídico vigente, dando-lhes efetividade, e determinando sua implementação, principalmente por parte do Poder Executivo.

Trata-se de modelo estatal de conformação política, estruturado de forma pluralista e sem preconceitos, e, sem dúvida, a Constituição de 1988 fez a opção por ele, o que se percebe já no seu preâmbulo.⁶

3.2

O direito penal e seu limite de intervenção em um estado democrático de direito

O perfil do Direito Penal – autoritário ou democrático – depende, portanto, da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado). Afinal as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência. (QUEIROZ, p.114-115)

A Constituição define os fins e os limites da intervenção punitiva, seja de forma explícita ou implícita, porque o Direito Penal é, ao lado de muitos outros, um instrumento político de que lança mão o Estado para realização de seus objetivos. Utilizando-se de uma expressão foucaultiana, ele é “parte da anatomia política do Estado”.

Neste sentido, a digressão de Feldens (2008, p.207):

Da superioridade político-normativa da Constituição estrutura-se, em níveis essenciais, a legitimidade da atuação dos tradicionais Poderes de Estado. Paralelamente, são-lhes fixados campos onde lhes será interdito adentrar, o que decorre não apenas da delimitação constitucional de competências, mas do necessário respeito àquilo que se faz, com igual proeminência, matéria constitucional: os direitos fundamentais. A partir desta correlação entre a forma do poder e os direitos fundamentais, passamos a compreender a

⁶ Transcreve-se: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Constituição como fonte, a um só tempo, de legitimação e de limitação do poder constituído; é dizer, de abertura e de contenção do poder estatal.

A repressão penal exercida pelo Estado deve materializar a utilização regrada da força. Mas não se pode olvidar que esta forma de intervenção estatal, forte, incisiva e violenta por si mesma, vem associada a uma violência de difícil controle, ou seja, aquela proveniente dos próprios agentes incumbidos de sua aplicação. Daí, a afirmação de Ferrajoli (2002, p.310):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser a violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

Esta forma de violência agride os mais elementares princípios constitucionais de garantia, porque se dirige àqueles que, pela ausência de condições econômicas e pela insignificante posição social que ocupam, não têm direito de ter direitos, sendo duplamente atingidos: uma vez, por viverem em constante luta pela sobrevivência, porque não têm acesso aos meios materiais mais básicos (o que pode levar ao cometimento de delitos, em grande parte, patrimoniais) e outra vez, já que por serem mais vulneráveis, tornam-se alvos fáceis da repressão estatal, que os utiliza para demonstrar ao restante da população que sua intervenção é imprescindível.

Diante desta constatação, pretende-se, a seguir, traçar a limitação do Direito Penal Brasileiro, tendo em vista os parâmetros estabelecidos na Constituição da República de 1988, principalmente naqueles pontos atinentes ao respeito às garantias individuais, identificando neste marco, os direitos do cidadão condenado a uma pena privativa de liberdade.

Antes, porém, será necessário fazer uma sucinta abordagem acerca da construção de Luigi Ferrajoli, como um referencial teórico atual importante para um sistema democrático de garantias.

3.2.1 O modelo penal garantista de Luigi Ferrajoli

Menciona-se, na literatura, a existência de uma doutrina garantista pós-moderna, o que leva à afirmação da existência de um garantismo passado. Essa constatação não é errônea, já que, desde a edição da obra **“Dos delitos e das penas”**, de Beccaria, pregava-se a limitação do poder punitivo estatal, através de barreiras à sua intervenção no âmbito de alguns direitos dos indivíduos.

Ocorre, contudo, que o garantismo atual é muito mais complexo, revestindo-se de nova roupagem, não mais se limitando a impor barreiras ao *jus puniendi* do Estado, mas atuando também na própria atividade legislativa, posto que limitador de sua atuação, ante as garantias fundamentais concedidas aos seres humanos, presentes nas Constituições dos países democráticos.

Neste marco teórico, é mister fazer menção à obra do professor italiano Luigi Ferrajoli, lançada em 1989, qual seja, **“Direito e razão: teoria do garantismo penal”**.

Percebe-se, de forma bastante nítida, que as bases conceituais e metodológicas do seu trabalho referem-se ao garantismo penal, mas os pressupostos estabelecidos para este ramo do ordenamento jurídico podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, aplicável a todo o direito.

Para tanto, o doutrinador aborda as três acepções do termo “garantismo”. A primeira delas quer se referir a um “modelo normativo de direito”, construído sobre o princípio da legalidade, que, segundo o autor, é a base de um Estado de Direito. Assim, o modelo normativo pode ser analisado, sobre o prisma epistemológico, como um sistema de poder; sobre o prisma político, como sistema de poder capaz de reduzir a violência e enlevar a liberdade; e sobre o prisma jurídico, como um sistema de poder protecionista aos direitos do cidadão, imposto à própria potestade punitiva estatal, que deve respeitar um rol previamente definido de garantias individuais. Nesse sentido, afirma FERRAJOLI (2002, p. 684):

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a

maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

O segundo dos significados do termo acima mencionado designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas, somando-se a estas idéias a necessidade de total e contínua recepção das mesmas pela garantias impostas nas constituições democráticas. A esse ponto, o autor (ob.cit.p.685) menciona a existência de uma clara divergência entre modelos normativos (de nítida matiz garantista) e as práticas operacionais (tendentemente antigarantistas). Daí ser possível afirmar, em consonância com a teoria desenvolvida por Ferrajoli, que os graus de garantismo irão variar de acordo com o compasso ou o descompasso existente entre a normatividade e a efetividade da norma instituidora de direitos e garantias.

Em um terceiro entendimento acerca do garantismo, Ferrajoli identifica uma filosofia política, que obriga tanto o Estado quanto o Direito à busca de uma justificação externa, com fundamento nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem o objetivo (ob.cit.p.685).

Ferrajoli elenca algumas técnicas que deveriam ser usadas na redução do poder institucional, reunindo-as em dez axiomas, norteadores do Direito Penal, que estampam garantias em relação à pena, ao delito e ao processo. Esclarecendo sua formulação, o autor aduz (ob.cit.p.74):

Os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer, não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que devam satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou parâmetros de justificação interna.

E prossegue:

Cada uma das implicações deontológicas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.

Os dez princípios que contêm as garantias penais e processuais penais por eles expressas são os seguintes: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da legalidade; princípio da necessidade ou da economia do direito penal; princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionariedade; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação e princípio do contraditório ou da defesa. Ao final deste elenco, Ferrajoli afirma que os mesmos definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, ou seja, “as regras do jogo fundamental do direito penal.” (ob.cit.p.75).

Aos objetivos do presente estudo, interessam mais diretamente os princípios previstos na Constituição brasileira que expressam garantias relativas à pena, já que a abordagem central é realizada sobre um modelo de execução de pena privativa de liberdade, desenvolvido e aplicado no Brasil, garantidor dos direitos fundamentais do cidadão a ela condenado.

3.2.2

A intervenção punitiva e sua limitação pelo delineamento constitucional brasileiro

A Constituição brasileira delinea o perfil do Estado, traçando os fundamentos, objetivos e princípios que irão direcionar sua atuação. Além do mais, o seu artigo 4º prescreve que a República Federativa do Brasil rege-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Tal previsão, por razões óbvias, não vincula apenas as suas relações exteriores, mas também, e principalmente, todo o ordenamento jurídico nacional.

Ao Direito, em especial ao Direito Penal, compete expressar essa conformação constitucional, espelhando seus fundamentos e objetivos, mormente aqueles ligados à cidadania, à dignidade da pessoa humana⁷, à liberdade, justiça e igualdade.

⁷ Sobre o tema da dignidade da pessoa humana, seus antecedentes históricos, sua normatização jurídico-positiva no corpo das constituições e seus pontos de contato com os direitos fundamentais,

Em consonância com tal assertiva, Shecaira e Corrêa JR (2002, p. 53) afirmam que a consequência da política criminal de um estado democrático de direito só pode ser um sistema penal de garantias, que coloca a pessoa humana e a sua liberdade como os focos de sua perspectiva.

Neste sentido, também, é a afirmação de CARVALHO (2003, p. 158):

Os estatutos constitucionais do Ocidente, após a segunda grande guerra, inflamados pelo teor humanitário da carta de direitos da ONU, repudiaram normativamente as concepções autoritárias e positivaram inúmeros valores e princípios humanistas. A propósito, os processos de inclusão gradativa dos direitos nos textos internacionais soterraram a velha discussão entre direitos naturais *versus* direito positivo, reconhecendo a historicidade e a positividade daqueles. Claro que a Constituição não esgota em seu texto a totalidade dos direitos humanos, notadamente pelo seu caráter histórico que possibilita sempre, e cada vez mais, a inclusão de novos e renovados direitos. Os estatutos constitucionais, no entanto, positivaram grande parte dos valores humanitários, fundando rol axiológico instrumentalizador de uma nova concepção jurídico-política voltada à satisfação dos direitos fundamentais. Valores como dignidade da pessoa humana assumem, juntamente com pluralismo e tolerância, vital importância na construção do modelo jurídico de garantias.

Perfilhando do mesmo entendimento, leciona Sarlet (2006, p. 61-62):

(...) o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais), aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional, o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988).

Daí a previsão, no art. 5º do texto constitucional de princípios⁸ penais e processuais penais limitadores do poder punitivo estatal⁹, deixando explícita

a obra “*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*” de Ingo Wolfgang Sarlet (4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

⁸ Na definição de Bonavides (1996, p.240), princípio é o pensamento diretivo do sistema que serve de base à formação de suas disposições singulares, dotado de normatividade.

⁹ Dentre os princípios penais e processuais penais, explícitos e implícitos, citamos: legalidade, culpabilidade, responsabilidade pessoal, proporcionalidade, individualização das penas, humanidade (ou limitação das penas), intervenção mínima, lesividade, adequação social, fragmentariedade, insignificância, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a presunção de inocência, além daquelas garantias em relação à prisão. Tais princípios não serão abordados no presente trabalho, que irá

também a previsão, em seu parágrafo 2º, que os direitos e garantias expressos na 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.

Sobre este ponto, é a afirmação de CANTERJI (2008, p.65):

O exercício do poder punitivo é resquício do Estado de Polícia existente no modelo de Estado de Direito. Por este motivo, também, a sua limitação, através do Direito e do Processo Penal, é indispensável, pois a idéia de Estado de Direito minimiza as conseqüências negativas daquele poder punitivo. Assim, diversos são os princípios que integram o Direito e o Processo Penal e devem ser aplicados como forma de limitação do poder punitivo. São garantias das quais não se pode abrir mão, sob pena de se ter uma preponderância do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito. O sistema penal tem um objetivo político: fornecer instrumentos aos seus operadores, possibilitando a efetiva limitação do poder punitivo e a conseqüente vigência segura do Estado Democrático de Direito, o qual tem como tripé de sustentação a tripartição dos poderes; leis de caráter social; e a defesa dos direitos humanos.

Como restou demonstrado no tópico anterior, o Direito Penal de um Estado como o brasileiro, que se pretende democrático de direito, não pode servir à realização de propósitos metafísicos, absolutos ou meramente simbólicos, já que a própria pena privativa de liberdade é uma amarga necessidade de uma sociedade composta de seres imperfeitos.

Ao tratar especificamente da execução penal, Cintra JR. (1995, p.115-132) conclui que todos os direitos fundamentais¹⁰ existentes na CR/88 são alicerçados no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e é pelo processo, inclusive na fase executória da pena privativa de liberdade, que eles devem ser garantidos.

Dentro dessa perspectiva, serão abordadas as garantias e os direitos conferidos pelo texto constitucional aos condenados a uma pena privativa de liberdade, para, a seguir, verificar se as mesmas são respeitadas no sistema

ater-se apenas, e com mais profundidade, àquelas garantias constitucionais do cidadão condenado a uma pena privativa de liberdade.

¹⁰ Acerca da longa trajetória dos direitos fundamentais e de suas várias gerações e alguns questionamentos acerca dos mesmos, se seriam eles apenas belas palavras e nobres intenções ou átomos de construção de uma realidade menos angustiante e mais justa, a obra "*Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*", de José Adércio Leite Sampaio (Belo Horizonte: Del Rey, 2004). Também sobre o tema dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à sua eficácia e aplicabilidade, "*A eficácia dos direitos fundamentais*", de Ingo Wolfgang Sarlet (8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007).

tradicional de cumprimento da pena privativa de liberdade e no modelo apaqueano, cuja análise, como já mencionado, é o foco central desta pesquisa.

3.2.3

A identificação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão condenado a uma pena privativa de liberdade na Constituição brasileira

Avaliando a inserção dos direitos e garantias fundamentais do condenado a uma pena privativa de liberdade, Carvalho (2003, p. 161) reconhece que:

Se a Constituição de 1988 estabeleceu vínculos relativos à pena e ao seu modo de execução, partindo sistematicamente do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), igualmente elencou diretivas com grau e conteúdos diversos. A primeira ordem da intervenção constitucional na esfera penalógica é de natureza limitativa quanto à espécie de sanção e o sujeito a ser sancionado: restringiu determinados tipos de penas (art. 5º, XLVII); limitou destinatários (art. 5º, XLV) e taxou possibilidades de sanção (art. 5º, XLVI). O constituinte disciplinou ainda a forma de cumprimento das penas. Ao regular sua individualização, impôs restrições no que diz respeito ao público dos estabelecimentos carcerários (art. 5º, XLVIII), determinando, inclusive, diferenciações de Gênero (art. 5º, L). Impôs também normas de garantia dos presos, condenados ou provisórios, assegurando direitos inalienáveis e indisponíveis os quais o Estado não pode restringir, pois versam sobre a integridade física e moral daquele sujeito temporariamente limitado em sua liberdade de ir e vir (art. 5º, XLIX).

Diversos diplomas de Direito Internacional também se ocuparam da questão do tratamento do preso, já que o desrespeito às suas garantias individuais fundamentais mínimas não é uma realidade observada apenas no Brasil ¹¹.

Para a análise pretendida no presente estudo, a abordagem dos direitos individuais do condenado ficará restrita àqueles com status constitucional, não obstante a existência de diversos outros, previstos na legislação ordinária, que serão apenas tangencialmente mencionados. O rol de garantias do condenado concentra-se no art. 5º da Carta Constitucional, que serão abaixo explicitados.

O primeiro deles é o direito à individualização da pena, previsto no inciso XLVI do artigo acima mencionado, que segundo SILVA (2005, p.145), encontra fundamento na idéia de justiça distributiva, segundo o qual se deve dar a cada um

¹¹ Dentre eles, podemos citar: Convenção sobre a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes; Regras mínimas para o tratamento dos reclusos e Conjunto de princípios para proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.

o que lhe é cabível, de acordo com as circunstâncias de seu agir. Transportando para a seara penal, significa a aplicação da pena levando em conta não apenas a norma em abstrato, mas também os aspectos objetivos e subjetivos do crime.

A individualização da pena deve ocorrer na fase de definição legal da conduta criminosa (individualização legislativa), no momento da aplicação da sanção pena (individualização judicial), mas também na fase de execução da pena que foi aplicada ao cidadão (individualização executória), sendo esta última a que mais relevo adquire, para o foco do presente trabalho.

Atento a este aspecto da individualização da pena, o próprio art. 5º da CR/88, em seus incisos XLVIII e L, estabelece que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos penais distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e que devem ser asseguradas às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Tais garantias também são sumariamente ignoradas, já que no sistema tradicional de cumprimento da pena privativa de liberdade, a aglomeração humana em níveis insuportáveis, a confusão e a promiscuidade são a regra e não a exceção. A respeito desta questão, afirma SILVA (2005, p.146):

Lamentavelmente, nem o mínimo exigido na Constituição tem sido observado. A individualização executória da pena só seria cumprida de forma cabal se se pudesse dar atenção a cada reeducando em estabelecimentos pequenos de cumprimento da pena. A execução em massa da pena não possibilita a obediência adequada à individualização.

O inciso XLVII contém a proibição às penas de morte (salvo em casos de guerra declarada e nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Por fim, o inciso XLIX, que pode ser considerado como a síntese de todos os demais, pela sua abrangência, prescreve que é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.

A Lei de Execução Penal (Lei 7210 de 11 de julho de 1984) contém um extenso rol de direitos conferidos ao condenado e é explícita, em seu artigo 3º, ao prescrever que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Ocorre que, se por um lado o texto constitucional estabeleceu direitos individuais ao condenado à sanção máxima, por outro os retirou, já que, ao dispor

sobre direitos políticos (art. 15, III), determina sua suspensão para aqueles cuja condenação criminal tenha transitado em julgado. O voto é instrumento de exercício da cidadania e de participação na vida pública e nas decisões essenciais do país, e a destituição de tal direito ao preso definitivamente condenado, levada a efeito pela própria Constituição, excluindo-o do processo de participação política, nega sua posição de sujeito de direitos.¹²

Como restará demonstrado, no tópico seguinte, o desrespeito aos direitos fundamentais do condenado a uma pena privativa de liberdade, quando este último é inserido no sistema penitenciário nacional, apresenta-se patente e cotidiano, e passa a ser encarado com normalidade pelo restante da população não encarcerada e pelos próprios órgãos responsáveis pelo controle de tais violações, o que traz reflexos diretos não apenas durante o período da execução penal, mas também para o futuro, já que o estigma do cumprimento desta espécie de sanção é indelével, perpetuando o status de ex-condenado, inclusive nas suas relações extra-muros

¹² Pertinente, a este ponto, o comentário de CARVALHO (ob.cit.p.164): “Se a própria Constituição, norma fundante da ordem jurídica, do refime democrático e do modelo republicano, retira o *status civitas* do condenado no plano das relações e decisões políticas, inevitável que o Estado-Administração e o Estado Jurisdição pulverizem esta máxima, legitimando o desrespeito cotidiano aos direitos fundamentais nas relações intra-muros.”