

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CAROLINA RAMOS SILVEIRA

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO PENAL COMO FORMA DE  
ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO

PORTO ALEGRE  
2020

ANA CAROLINA RAMOS SILVEIRA

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO PENAL COMO FORMA DE  
ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Mestre em Direito  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Dra. Vanessa Chiari Golçalves

PORTO ALEGRE  
2020

### CIP - Catalogação na Publicação

Silveira, Ana Carolina Ramos  
A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO PENAL COMO  
FORMA DE ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO / Ana  
Carolina Ramos Silveira. -- 2020.  
100 f.  
Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. Direito Penal. 2. Execução Penal. 3.  
Judicialização da política. 4. Ativismo judicial. 5.  
Encarceramento. I. Gonçalves, Vanessa Chiari, orient.  
II. Título.

ANA CAROLINA RAMOS SILVEIRA

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO PENAL COMO FORMA DE  
ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Chiari Golçalves

Porto Alegre, de de 2020

BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dra. Vanessa Chiari Golçalves ( presidente)

---

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva (Doutor em Direito pela USP – Professor UFRGS)

---

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS – Professor UFRGS).

---

Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (Doutora em Direito pela UNISINOS – Professora UNILASSALE)

*Para Melzinha, pois o amor tem muitas formas, uma  
delas de gatinha*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Suely e Max, por todo o apoio, incentivo, carinho e por terem me ensinado as duas maiores lições de vida: o poder dos estudos e o da perseverança.

Ao meu marido, Bruno, por ter sido meu companheiro de jornada, dando-me apoio, amor, carinho, compreensão, um ombro amigo para chorar minhas angústias e o apoio técnico quando necessário. Sem você, esse trabalho não existiria.

A minha família – avó Tereza, tias Daisy e Kátia – por toda torcida e orações – com a certeza de que as orações das avós são ouvidas – e à minha sogra Andréa que ajudou a cuidar da parte prática.

À professora Vanessa pela paciência e delicadeza quanto da orientação. Essa jornada nunca foi fácil – e ouvir suas palavras era sempre uma motivação.

Aos defensores públicos da VEC de Novo Hamburgo por terem me aberto as portas da Execução Penal, pelo incentivo e pela parceria. Às defensoras públicas de Cachoeirinha/RS pelo apoio e compreensão em relação à minha agenda corrida e às defensoras públicas da UCAA-POA por terem me acompanhado nos minutos finais dessa jornada.

Aos colegas, estagiários e, enfim, amigos da Defensoria Pública pelo constante incentivo e motivação – e especialmente para Karen e Cíntia por terem segurado as pontas. Sei que nem sempre foi fácil, mas sem vocês seria muito mais difícil.

A todos os professores e colegas do PPGDIR por todo o conhecimento, troca e companhia durante os créditos. Há elementos de cada um dos textos lidos e discutidos, cada disciplina, cada conversa nessas páginas.

Às amigas Mariana, Adriana, Andréa, Lia, Mushi, pelo apoio, torcida organizada e por me ajudarem a seguir em frente.

*Mas é preciso ter força*  
*É preciso ter raça*  
*É preciso ter gana sempre*  
*Quem traz no corpo a marca*  
*Maria, Maria*  
*Mistura a dor e a alegria*  
Milton Nascimento e Fernando Brandt

*Amar e mudar as coisas*  
*Me interessa mais*  
Antonio Carlos Belchior

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo análise de decisões judiciais no âmbito da execução penal que tenham por objetivo enfrentar a crise do hiperencarceramento. A partir da análise do conceito de pena e de suas justificativas, busca-se quais seriam seus objetivos na realidade brasileira. Após, analisa-se a execução penal a partir da sua natureza jurisdicional, o que implica na observância dos princípios constitucionais quando de sua interpretação. A seguir, trata-se da judicialização da política, e de sua relação com o fenômeno do ativismo judicial. Por fim, analisa-se a atuação jurisdicional em matéria de execução penal na Comarca de Porto Alegre, a Súmula Vinculante 56 e a decisão que afasta a hediondez quando há a incidência do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, perquirindo-se a pertinência das soluções ali encontradas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema prisional; Encarceramento; Execução penal; Judicialização da política; Ativismo judicial.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze jurisdictional decisions in the scope of criminal execution that aims to face the hyperincarceration crisis. Based on the analysis of the concept of penalty and its justifications, it seeks to determine its objectives in the Brazilian reality. Then, the criminal execution is analyzed from its jurisdictional nature, which implies the observance of constitutional principles when interpreted. Next, it is about the socialization of politics, and its relation to the phenomenon of judicial activism. Finally, we analyze the judicial performance in matters of criminal execution in Porto Alegre, the Binding Precedent 56 and the decision that avoids hideousness when there is the incidence of §4 of article 33 of Law No. 11,343 / 06, investigating the pertinence of the solutions found there.

**KEYWORDS:** Prison system; Incarceration; Judicial activism; Judicialization of pure politics.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>1 O CENÁRIO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO</b>	11
<b>1.1 O Direito Penal e a Pena</b>	11
<i>1.1.1 A pena e o exercício do jus puniendi</i>	11
<i>1.1.2 Teorias da pena</i>	13
<u>1.1.2.1 Teorias absolutas da pena</u>	14
<u>1.1.2.2 Teorias relativas da pena</u>	15
<u>1.1.2.3 Teorias mistas ou unificadoras da pena</u>	18
<i>1.2.1 Para além da função manifesta da pena</i>	20
<b>1.2 A pena para a legislação brasileira</b>	22
<b>1.3 Antecedentes históricos da pena de prisão</b>	26
<b>1.4 A prisão no Brasil</b>	30
<b>2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LEI PENAL</b>	34
<b>2.1 A natureza jurídica da execução penal</b>	34
<b>2.2 A Constituição e o Direito Penal</b>	39
<b>2.3 A interpretação do Direito</b>	41
<i>2.3.1 A teoria da integridade do Direito</i>	44
<i>2.3.2 A interpretação e o Direito Penal</i>	46
<b>2.4 Críticas à prática da interpretação</b>	48
<b>2.5 A discricionariedade da jurisdição</b>	50
<b>3 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA ERA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b>	54
<b>3.1 A judicialização da política</b>	55
<i>3.1.1 A concepção contemporânea da separação de poderes</i>	56
<i>3.1.2 O papel da Constituição</i>	59
<i>3.1.3 Neoconstitucionalismo?</i>	61
<b>3.2 Ativismo judicial</b>	62
<i>3.2.1 O juiz ativista</i>	64
<i>3.2.2 Judicialização da Política e Ativismo Judicial</i>	65
<i>3.2.3 Críticas ao ativismo judicial</i>	66
<b>4 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL E O ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO: EXEMPLOS</b>	69
<b>4.1 As experiências da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre</b>	69
<i>4.1.1 O Presídio Central</i>	70
<i>4.1.2 A ação do Poder Judiciário</i>	71
<i>4.1.3 Uma questão de interpretação</i>	75
<b>4.2 A Súmula Vinculante 56</b>	76
<b>4.3 O habeas corpus nº 118.533/MS</b>	79
<i>4.3.1 O papel do tráfico de entorpecentes no hiperencarceramento</i>	80
<i>4.3.2 “Tráfico privilegiado”</i>	81
<i>4.3.3 O julgamento do habeas corpus nº 118.533/MS</i>	83
<u>4.3.3.1 Debates sobre o habeas corpus</u>	83
<u>4.3.3.2 O julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal</u>	84
<i>4.3.4 O cancelamento da Súmula 512 do STJ</i>	88
<b>4.4 As soluções buscadas pelo Judiciário representam a resposta definitiva aos dilemas enfrentados?</b>	89
<b>CONCLUSÃO</b>	92
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	94

## INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vive em crise endêmica, sem que sejam ofertadas políticas públicas ou feitos investimentos em infraestrutura que a solucionem. Trata-se do mais absoluto caos, resultado da negligência estatal no que diz respeito ao fornecimento de condições de cumprimento de pena e mesmo de políticas públicas que visem a prevenção da criminalidade e a reinserção do apenado na sociedade após o cumprimento de pena.

Existe a tendência do recrudescimento do sistema penal brasileiro, o que pode ser observado através da promulgação de leis penais que prezam pela criminalização de condutas e pelo aumento de pena e pelo número crescente de pessoas presas no Brasil, condenadas ou não. Entretanto, esses indivíduos não são absorvidos pelo sistema penitenciário pátrio – não há a disponibilização de novas vagas em estabelecimentos prisionais no mesmo ritmo de crescimento de sua população e, para os que já estão presos, em condições de superpopulação, não são oferecidos de maneira suficiente e adequada opções de trabalho e estudo<sup>1</sup>.

Conforme o artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, da Constituição Federal, não haverá penas cruéis, bem como é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral<sup>2</sup>, o que é cotidianamente violado, havendo também a violação dos objetivos da execução penal, que, conforme o artigo 1º da Lei de Execuções Penais<sup>3</sup>, são a efetivação das disposições da sentença criminal a promoção de condições para a harmônica integração social do condenado.

Em última instância, um sistema prisional em crise é fator para inviabilizar qualquer fim que pode ser atribuído à pena no Estado Democrático de Direito. Não há como falar em prevenção geral ou especial em um sistema prisional em processo de falência, tampouco reconhecer algum aspecto de retribuição na pena, uma vez que é ausente sua proporcionalidade.

Resta, então, o questionamento: com a reiterada violação de direitos e a crise do sistema prisional, bem como a falha na efetivação de políticas públicas por meio do Poder Executivo a fim de promover as melhorias necessárias<sup>4</sup>, qual a atuação possível do Poder Judiciário?

---

1 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em 01 de maio de 2019.

2 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04/11/2017.

3 BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em 04/11/2017.

4 Algumas das explicações possíveis para a falta de implantação de políticas públicas no sistema prisional vai desde a falta de recursos públicos disponíveis para a construção de novas unidades penais até uma certa “impopularidade” juntamente ao eleitorado sobre gastos no sistema prisional.

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito e da primazia da Constituição no ordenamento jurídico pátrio, o papel do Poder Judiciário é ampliado. Nas atuais configurações do Estado, a separação de poderes já não opera nos exatos termos como proposto à época da fundação do Estado liberal. Como decorrência desta nova realidade, surge o fenômeno da judicialização da política – como o nome sugere, trata-se da maior participação do Poder Judiciário no que diz respeito às políticas públicas.

Assim, uma vez que o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é ampliado, questiona-se a atuação jurisdicional na realidade da crise do sistema prisional e da Execução Penal. Para tanto, serão explorados três exemplos de atuação jurisdicional que visavam ao enfrentamento do hiperencarceramento: a atuação da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre; o contexto da Súmula Vinculante 56 e o novo entendimento sobre a inaplicabilidade do disposto na Lei nº 8.072/90 ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Trata-se de uma temática urgente na realidade brasileira, considerando o crescente encarceramento e a ausência de estruturas mínimas para recolhimento de pessoas e cumprimento de pena, de forma que, se não forem tomadas as devidas providências pelo Estado, em todos os seus Poderes, o sistema prisional está fadado ao colapso. Para tanto, realizou-se uma análise acerca do tratamento do tema pela doutrina, através da correspondente revisão bibliográfica, assim como de decisões judiciais.

No primeiro capítulo do presente trabalho, aborda-se uma revisão das teorias da pena, de suas funções declaradas e ocultas, e a evolução do encarceramento no contexto mundial e brasileiro.

No segundo capítulo, é estabelecido o caráter jurisdicional da Execução Penal e, por via de consequência, a necessidade de interpretação conforme a Constituição deste ramo jurídico.

No terceiro capítulo, disserta-se sobre a judicialização da política, a separação dos Poderes no Estado Democrático de Direito e a aplicabilidade do ativismo judicial.

Por fim, no quarto capítulo, serão contextualizadas e analisadas as decisões referentes à atuação da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre; o contexto da Súmula Vinculante 56 e o novo entendimento sobre a inaplicabilidade do disposto na Lei nº 8.072/90 ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

## 1 O CENÁRIO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

### 1.1. O Direito Penal e a Pena

O Direito Penal nasce da atribuição ao Estado do poder de punir, ou *jus puniendi*, definido como o poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar a eles sanções específicas<sup>5</sup>.

O Direito é um dos meios de controle social das sociedades contemporâneas, havendo outras instituições responsáveis pelo controle social informal, como a família, a escola, a profissão ou os grupos sociais. As sanções penais não são as únicas existentes no ordenamento jurídico, entretanto, será no âmbito pen/al que ocorrerá a restrição da liberdade do indivíduo por meio da pena. O Direito Penal representa o controle formal, submetido à limitação legal (uma vez que o *jus puniendi* não é ilimitado e o indivíduo deve ter seus direitos resguardados, pois estão em jogo os bens jurídicos mais sensíveis, especialmente a liberdade) e que se consolida através do processo, no qual os direitos e garantias individuais deverão ser respeitados.

Como todo controle social, o Direito Penal visa a evitar aqueles comportamentos sociais entendidos como mais indesejáveis, prejudiciais aos bens jurídicos mais sensíveis e que demandam, portanto, atenção diferenciada<sup>6</sup>. Não existe ordem jurídica sem coerção<sup>7</sup> e esta será, no âmbito do Direito Penal, a imposição de uma pena. Cabe, portanto, a análise das questões que envolvem a aplicação de pena.

#### 1.1.1. A pena e o exercício do *jus puniendi*

Assim, a sanção por excelência do Direito Penal é a pena, sendo reservada às mais graves condutas passíveis de sanção jurídica. Conforme Heleno Fragoso:

O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão das normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à defesa social na forma em que essa defesa é entendida pelos que tem o poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena.<sup>8</sup>

5 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 6.

6 Daí a se referir ao Direito Penal como *ultima ratio*.

7 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 115.

8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 275.

Sobre a legitimidade do Estado para o exercício do *jus puniendi*, Luigi Ferrajoli alerta que:

O direito penal é o setor do ordenamento jurídico no qual a questão do se e do porquê se colocam de forma mais problemática. Inexistem no direito civil, ou comercial, ou constitucional, ou administrativo, doutrinas abolicionistas comparáveis àquelas do direito penal. As justificações filosóficas dos institutos de direito civil e constitucional - com exceção da propriedade privada e dos seus institutos afins - dizem respeito mais ao "quando" e ao "como", do que ao "se" e ao "porquê" das suas existências. Tal fato revela que o problema da legitimidade política e moral do direito penal como técnica de controle social mediante constrições à liberdade dos cidadãos é, em boa parte, o problema da legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força.<sup>9</sup>

O Direito Penal, portanto, pode ser observado por meio de duas possibilidades: a da punição daquelas condutas consideradas como mais prejudiciais ao convívio social e também a da contenção ao poder de punir do Estado. O monopólio da força é um dos principais atributos deste ramo jurídico – e esta força não pode ser ilimitada, sob pena de, conforme o pretexto da ordem, serem cometidas toda a sorte de arbitrariedades, com a inviabilização do convívio social.

A sua sanção característica é a pena, que representa o máximo exercício do *jus puniendi* estatal (distinguindo-se assim das demais sanções jurídicas que se dedicam, em regra, à reposição do *status quo ante* através da reparação ou da restituição).<sup>10</sup> A pena é, portanto, a concretização do *jus puniendi* estatal, limitando o horizonte de projeção do Direito Penal<sup>11</sup>.

É possível afirmar que a função do Direito Penal depende da função que se atribua à pena como meio mais característico de sua intervenção.<sup>12</sup> Desta forma, a natureza, os fundamentos e os objetivos da pena determinarão toda a linha de orientação do sistema penal<sup>13</sup>. E é esta a relevância, para além da retrospectiva histórica, do estudo das teorias da pena: sua base como construção dos sistemas penais. Não há reviravoltas ou reformas no sistema penal, progressivas ou regressivas, que não tenham sido acompanhadas ou sustentadas pela elaboração de doutrinas ou concepções de ordem ética, política ou filosófica ao redor do objetivo da pena<sup>14</sup>.

Evidentemente, o objeto de tutela do Direito Penal não se encontra estagnado no tempo, bem como aquelas condutas definidas como merecedoras da sanção penal relacionam-

9 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3ª Edição. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

10 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 279.

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 91.

12 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 77

13 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo 3º: Pena e Medida de Segurança*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3ª Edição. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 169.

se ao contexto social. Não há como desalinhar o delito e a pena dos valores da sociedade que os originou, tampouco da dinâmica de poderes ali estabelecida, de forma que a norma será um reflexo destes valores – e uma forma de sua afirmação. Essa ideia é corroborada por Nilo Batista ao afirmar:

Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou 'interesses', ou 'estados sociais', ou 'valores') escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de 'missão secreta' do direito penal.<sup>15</sup>

Surge, então, o seguinte questionamento, em debate desde a origem da Filosofia, da Política e do Direito: por que punir?

### *1.1.2. Teorias da pena*

Ao longo da história, foram oferecidas várias respostas a este questionamento – inclusive, foi ao redor dessa pergunta que o Direito Penal floresceu como disciplina. A partir de construções de cunho religioso e retribucionista, as proposições teóricas sobre o tema foram ganhando sofisticação. A pertinência e a persistência deste questionamento relacionam-se com questões cruciais de legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal<sup>16</sup>.

Para tanto, foram desenvolvidas diversas perspectivas a respeito do tema. As correntes teóricas clássicas acerca da finalidade da pena podem ser divididas em dois grupos: as absolutas, focadas na pena como retribuição ao delito cometido, e as relativas, focadas na pena como prevenção da ocorrência de delitos. Há, ainda, um terceiro grupo, das teorias mistas, nas quais há a combinação entre retribuição e prevenção.

#### 1.1.1.1. Teorias absolutas da pena

As teorias absolutas da pena a definem, em síntese, como retribuição ao injusto. Tais teorias podem ser reduzidas à formulação *punitur quia peccatum est*. A pena possui por finalidade, portanto, a expiação, reparação ou compensação do mal cometido, representando um fim em si mesma e não servindo a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal<sup>17</sup>.

15 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

17 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 275.

Tais proposições teóricas partem de uma exigência de justiça e encaminham-se para a realização da retribuição justa do mal injusto praticado pelo agente da conduta delituosa. Se algum fim prático pode ser com isso alcançado, trata-se de consideração secundária, que não deve de modo algum sobrepor-se e nem sequer equiparar-se àquele fim essencial da justiça<sup>18</sup>.

Sua concepção remonta à Antiguidade e aos primeiros sistemas penais, estando presente ainda o elemento religioso, principalmente na conexão do “castigo ao pecado”. Nessa primeira construção teórica da pena, já se delineia a correspondência entre a lei e o fato. É interessante notar que a lei de talião, por exemplo, apresenta uma limitação, ainda que primária, ao poder punitivo estatal – o “olho por olho, dente por dente” limita a punição à medida do bem atingido pela conduta delituosa.<sup>19</sup> Assim, a retribuição estatal não poderá ir além do dano causado pela conduta, devendo guardar proporcionalidade.

Na modernidade, a ideia retributiva da pena é retomada por Kant, que associa uma fundamentação ética à pena. Para o filósofo, a pena corresponde a um imperativo categórico, possuindo fim em si mesma e somente o princípio taliônico poderia trazer a justiça da pena concreta. Parte-se da premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o indivíduo, ou seja, o fim utilitário a tornaria ilegítima, bem como, se fosse utilizada como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o indivíduo, tornando-a imoral. Logo, a pena teria como finalidade a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) a sua devida proporção.<sup>20</sup>

Posteriormente, já demonstrando um salto teórico e estabelecendo uma ponte entre o absolutismo kantiano e as construções que surgiriam posteriormente, Hegel desenvolveu uma fundamentação jurídica para a teoria retributiva. Para o pensador, o conceito de Direito fundamenta a pena; o sistema de referência dá as condições de existência da sociedade. A violação do direito seria sua negação, havendo a necessidade da reparação do sistema jurídico, uma vez negado, o que seria feito através da pena.

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (...) No entanto, a violação, na medida em que atinge a vontade que existe em si (e tanto, por conseguinte, a do criminoso como a da vítima), não tem uma existência positiva nesta vontade em si como tal nem nos resultados dela. Para si, esta vontade em si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe

18 BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo 3º: Pena e Medida de Segurança*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 33.

19 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edição. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1997, p. 21.

20 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 120.

exteriormente, o que, portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito.<sup>21</sup>

Visualiza-se, portanto, a aplicação do método dialético hegeliano: a vontade geral (ordem jurídica) é a tese, a negação desta pelo delito é a antítese, e a “negação da negação” é a síntese, que terá lugar através da punição do delito. Nessa concepção, a pena é concebida somente como reação (negação da negação), que visa ao passado (o delito e o restabelecimento da ordem jurídica), e não como instrumento de fins utilitários posteriores.<sup>22</sup>

Para Hegel, a pena não se trata da infligência de um mal arbitrário, ou mesmo de uma questão moral entre a realização do bem e o combate do mal, mas sim da aplicação da justiça. E é esse o plano no qual se localiza a pena: o da efetivação da justiça.

A principal crítica às teorias absolutas é a de que elas são irrealizáveis. O fundamento punitivo do Direito Penal não é o estabelecimento da justiça, mas a pacificação social, de forma que, ainda que possa se ambicionar a ideia do justo, não é este o objetivo visado pela pena.

#### 1.1.1.2. Teorias relativas da pena

As teorias relativas da pena, por sua vez, a compreendem como instrumento político-criminal: a pena não se justifica por si mesma, como defendem as teorias absolutas, mas deve ser voltada para um fim: a prevenção criminal. Enquanto as teorias absolutas ou retributivas partem de que a imposição da pena visa à realização da justiça, sem a contemplação de outros fins, as teorias relativas ou preventivas conferem à pena a tarefa de evitar delitos. Conforme a síntese de Mir Puig, “enquanto a retribuição contempla o passado, a prevenção contempla o futuro<sup>23</sup>”.

O denominador comum das doutrinas da prevenção geral é a concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar psicologicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal imposta pela lei, tanto da realidade de sua aplicação como da efetividade da sua execução.<sup>24</sup>

---

21 HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, p. 87.

22 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 78.

23 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 81

24 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 51

As teorias da prevenção se dividem entre prevenção geral – destinada à coletividade – e a prevenção especial – destinada ao indivíduo. A prevenção geral pode ser dividida em prevenção geral negativa, ou de intimidação, e prevenção geral positiva, ou de integração.

A prevenção geral negativa<sup>25</sup>, ou intimidatória, preceitua que, em termos gerais, a pena deve ter formatada de maneira a amedrontar o indivíduo, de forma que ele evite a prática criminosa por temer a sanção prevista. O fim da sanção não pode ser a correção do indivíduo, sobretudo pelo fato do Estado não possuir como finalidade a moralidade e a cultura, mas a tutela da liberdade. Assim, a função da pena seria de representar uma ameaça ao indivíduo, negando, portanto, o caráter pedagógico da “retribuição” ou do “melhoramento” moral por constituírem ações localizadas no campo da ética, e não do direito.<sup>26</sup>

A principal crítica à teoria relaciona-se à falta de efeito limitador quanto à pena a ser aplicada para que o fim de intimidação seja atingido. Assim, nada impede que, em um contexto de aumento da criminalidade, as penas sejam constantemente agravadas a fim de que o temor social aumente, o que pode gerar como resultado prático a redução da razão jurídica à razão política ou de Estado, resultando no “terrorismo penal”.<sup>27</sup>

Outra crítica possível é a de que a prevenção geral negativa é a de que a intimidação dirige-se à vantagem potencial que o indivíduo teria ao cometer o delito, mas não mensura o dano que o fato delituoso produz à ordem social, o que é capaz de gerar distorções sistêmicas<sup>28</sup>. Ademais, haverá indivíduos sobre os quais a intimidação estatal não gerará nenhum efeito porque a possibilidade do cumprimento de pena não os impedirá de delinquir.

Quanto à prevenção geral positiva<sup>29</sup>, como via de contribuição para organização da vida social, podem ser atribuídas três funções: em primeiro lugar, uma função informativa do

---

25 A formulação moderna desta teoria deve-se a Feuerbach (ainda que outros autores, como Beccaria, Bentham e Filangieri tenham se dedicado ao tema). Segundo sua teoria, a missão do Estado consiste em impedir a violação do Direito, mas tal não pode ser alcançado com o poder físico estatal: para antecipar-se à infringência do Direito, o Estado tem de se valer de instrumentos coativos de natureza “psicológica” (GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 472). Para Feuerbach, portanto, a pena tem a finalidade de ameaça dirigida aos cidadãos pela lei para evitar que delinquam, ou seja, opera como “coação psicológica” no momento abstrato da incriminação legal. A execução da pena só tem sentido, nesta construção, para confirmar a seriedade da ameaça estatal (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 82).

26 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 124-126.

27 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

28 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edição. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1997, p. 28

29 Muitos autores dedicaram-se à temática da prevenção geral positiva, formulando tal proposição teórica fazendo uso de diferentes elementos. A fim de exemplificar o largo espectro de tais teorias, colaciona-se, a título exemplificativo, as proposições de Claus Roxin e Gunther Jakobs, representantes de correntes do funcionalismo alemão. Para Roxin, em resumo, a função integrativa da norma pode ser definida como

que é proibido e do que deve ser feito; em segundo lugar, a missão de fortalecer e manter a confiança na capacidade do sistema jurídico de permanecer e se impor; finalmente, a tarefa de criar e fortalecer na maioria dos cidadãos uma atitude de respeito pelo Direito – e não uma atitude moral.<sup>30</sup>

A crítica à prevenção geral, em qualquer de suas construções teóricas, é a de que, se a pena cumpre apenas uma função simbólica dirigida à coletividade (seja ela de intimidação, seja de reafirmação do Direito), será irracional e antijurídica, pois se valerá do indivíduo como instrumento para sua simbolização, utilizando-o como meio, não como fim em si, desconhecendo-lhe o caráter de pessoa, o que restaria por violar os direitos humanos<sup>31</sup>.

Enquanto as teorias da **prevenção geral** dirigem-se à coletividade, as teorias da **prevenção especial** estão centradas no indivíduo. O foco é, portanto, evitar que aquele anteriormente envolvido em atividade delituosa volte a fazê-lo no futuro, de forma que o cumprimento e a execução da pena voltam-se para esse fim.

Tais teorias se consolidaram entre os séculos XIX e XX, quando o foco do estudo do crime sai do todo da sociedade e volta-se ao indivíduo, que passa a ser o novo objeto de investigação e intervenção da ciência criminal, devendo ser operada nele a resposta ao desvio punível<sup>32</sup>.

---

demonstração da inviolabilidade do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica da sociedade, destacando uma tríplice superposição de efeitos político-criminais: o efeito sócio-pedagógico de obediência à norma; segundo, o aumento da confiança do indivíduo no ordenamento jurídico e o terceiro, o efeito de pacificação social pela punição da violação do Direito e, portanto, a solução do conflito com o autor (ROXIN, Claus. Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 468). Já para Jakobs, em resumo, a pena tem por fim a proteção as condições da interação social e, portanto, possui uma função preventiva, bem como a noção de que seu descumprimento trará consequências. Trata-se, portanto, da prevenção geral mediante o exercício do reconhecimento da norma, ou a prevenção geral positiva. O efeito inibitório ocorre, portanto, pelo reconhecimento de que a norma deve ser cumprida e haverá consequências ao descumprimento – e, ainda que possa haver temor sobre a consequência legal a ser imposta, esta não é a função da pena (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edição. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 18). Interessante notar que a prevenção geral positiva, como postulada por Jakobs, é uma retomada do raciocínio hegeliano no qual a pena é a reafirmação do Direito através da “negação da negação” da ordem jurídica representada pelo ato delituoso. Entretanto, aqui, a reafirmação do Direito muda de perspectiva analítica: se para Hegel a reafirmação do Direito por meio da pena se vinculava ao delito concretamente ocorrido, estando vinculada à ideia de justiça para aquela situação concreta, para Jakobs esta é uma proposição abstrata dirigida a todos os indivíduos daquela comunidade visando a prevenção dos delitos ao afirmar, em linhas gerais, que a norma existe e deve ser cumprida, pois, em caso contrário, haverá a cominação de uma pena. Trata-se do fortalecimento da atitude de respeito ante ao Direito e à ordem social.

30 In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006., p. 82.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1: Parte Geral*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

32 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 129.

A execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do mesmo indivíduo: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através de sua neutralização (ou da inocuidade), consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação, etc) do criminoso<sup>33</sup>, a ser ofertada pelo Estado.

As críticas à prevenção especial são de que esta não pode, por si só, constituir fundamento para a pena. Há delinquentes que não necessitam de ressocialização e em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não-reincidência<sup>34</sup>, bem como é ilusório supor que o poder punitivo estatal, principalmente quando executado em forma de pena privativa de liberdade, prestará à ressocialização.

#### 1.1.1.3. Teorias mistas ou unificadoras da pena

Por fim, há algumas proposições teóricas que visam à combinação de algumas ou todas as teorias já expostas. As teorias mistas possuem como denominador comum conferir ao Direito Penal a função de proteção da sociedade.

Pode-se dividir as teorias unificadoras em dois grandes grupos. O primeiro é formado pelos que entendem que a proteção social deve se basear na retribuição justa promovida pela pena, tendo os fins de prevenção da pena um papel complementar, o que corresponde a uma posição “conservadora”. A outra posição, considerada “progressista”, inverte os termos da relação: o fundamento da pena é a defesa da sociedade através da proteção de bens jurídicos e a retribuição corresponde apenas ao limitador da pena, impedindo que esta seja desproporcional ao fato delituoso. Para a primeira corrente, o Direito Penal deve cumprir uma dupla função: a proteção social e a realização da justiça; para a segunda, ao Direito Penal compete apenas a função de proteção<sup>35</sup>.

A crítica a este grupo de teorias é a de que se trata de concepção inaceitável enquanto teoria dos fins das penas, uma vez que para que se estabeleça a ideia retributiva, inclui-

---

33 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 465.

34 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 276.

35 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 88.

se no problema da finalidade das penas um vetor que não deve ser levado em consideração nesse contexto: a retribuição e a compensação não podem constituir uma finalidade da pena.<sup>36</sup>

Há, ainda, uma corrente doutrinária que combina as teorias sobre a pena a partir dos momentos diferentes em que opera, desde sua previsão na lei até sua execução, de forma a realizar uma justaposição das teorias da pena. A “teoria da diferenciação” parte da distinção entre teoria da pena em geral e o sentido que a pena terá para cada um dos sujeitos envolvidos em sua aplicação: para o legislador, o Ministério Público, o juiz, os agentes penitenciários e para a sociedade em geral, a pena terá funções diversas<sup>37</sup>.

Roxin, por sua vez, centra a análise em três momentos da pena: a cominação legal, a aplicação judicial e a execução. A cada uma das etapas corresponde uma resposta distinta à questão da função da pena, mas cada uma relacionada intimamente com a resposta anterior. A essa formulação, deu-se o nome de “teoria unificadora preventiva”, dada a proposição de acentuar o que há de antítese entre os diversos pontos de vista e uni-los em uma síntese.<sup>38</sup>

A crítica às teorias mistas pode ser sintetizada em dois tópicos principais: primeiro, o feixe de funções conflitantes destas teorias não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada ou manifesta da pena criminal – ao contrário, as teorias mistas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não há nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.<sup>39</sup>

### *1.1.3. Para além da função manifesta da pena*

As teorias da pena adotadas pela legislação penal brasileira dizem respeito muito mais a um dever-ser, a um ideal a ser alcançado, do que à realidade do sistema prisional, em que os objetivos intentados sequer se aproximam da concretização – pelo contrário, ocorre a violação diária de direitos fundamentais da pessoa presa.

Ainda que o Direito Penal, desde o início dos debates da disciplina e das primeiras codificações, venha discutindo e teorizando qual seria a função da pena, estas limitam-se

---

36 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

37 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 89-90.

38 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006., p. 90.

39 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 493-494.

àquelas declaradas, tratam de uma resposta idealizada do que seria o sistema penal, desconsiderando as funções concretas da pena.

Há, para além das funções declaradas da pena, outros elementos a serem considerados quando da análise de sua realidade concreta. Não basta a análise das funções declaradas da pena, sejam aquelas inscritas na legislação, sejam as elaborações doutrinárias de ordem jurídica ou filosófica, uma vez que tais funções trazem um retrato incompleto do fenômeno. Deve-se, portanto, buscar suas funções ocultas, não-declaradas, de forma a trazer novas perspectivas para a análise do fenômeno.

Conforme Nilo Batista:

Se os fins da pena, expostos nas tradicionais teorias absolutas e relativas (essas, divididas entre a prevenção geral e a prevenção especial) e nas teorias mistas (que visam a conciliar ou superar a contradição das anteriores) aproximam os fins do direito penal de sua realidade penal, e ilusório imaginar que tais teorias escapem a um idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada. Como lapidarmente disseram Rusche e Kirchheimer, 'a pena como tal não existe; existem apenas concretas formas punitivas e específicas praxes penais'. Uma teoria da pena generalizante e esquemática, que tenha a pretensão de apreender, com os mesmos instrumentos, por exemplo as práticas penais do escravismo colonial brasileiro, cujos pontos cardiais estavam na utilidade imediata do criminoso (= açoites) e no terror (= morte e penas domésticas), e de nosso capitalismo ao início do século, cujo princípio era, como diria Ernst Bloch, a "conservação útil" do criminoso, está pagando a abstração um preço altíssimo, cuja moeda é conhecimento. Por isso mesmo, ao lado das funções aparentes da pena, que se extraem de uma verificação da compatibilidade, semelhança ou oposição entre normas do direito positivo e o etemo esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se hoje nas funções ocultas ou não declaradas da pena.<sup>40</sup>

As funções declaradas da pena privativa de liberdade podem ser organizadas em três níveis: o nível psicossocial, relativo às funções vindicativa e de cobertura ideológica; o nível econômico-social, ou seja, funções de reprodução da criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada; o nível político, relativo às funções de manutenção do *status quo*, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos.<sup>41</sup>

As teorias classicamente apresentadas pelo Direito Penal, que conferem à pena uma função manifesta, possuem um ponto em comum: para todas elas, a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém<sup>42</sup> (ainda que uma pena seja, intrinsecamente, um mal). Cumpre referir que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou

40 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113-114.

41 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

42 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 91.

uma dor, mas não repara e nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes<sup>43</sup>”. Não há nenhum sentido utilitarista na prisão, sendo que a única finalidade que lhe pode ser cominada é a de punir.<sup>44</sup>

As teorias positivas da pena acabam sendo reflexo de uma tentativa de conciliação de duas forças antagônicas: o estado de direito e o estado de polícia<sup>45</sup>. Assim, ainda que tais teorias apresentem vantagens sobre as teorias autoritárias, não deixam de ser legitimadoras do poder de polícia, são dotadas de contradições em seu interior e costumam gerar outras contradições, especialmente por invocarem o estado de direito para justificarem o estado de polícia.

Assim, a fim de superar tais falhas e contradições, deve-se recorrer a “uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que fuja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis)”.<sup>46</sup>

Para alcançar um conceito de pena que não apele para suas funções manifestas, Zaffaroni, Batista et al., propõem a seguinte construção teórica:

A pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privações de direito ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva e nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como desautoriza os elementos discursivos do direito penal dominante.<sup>47</sup>

---

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.100

44 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 148.

45 Para dar uma definição simples de estado de direito e estado de polícia, utiliza-se a definição de Zaffaroni, Batista *et al*: “pretende-se, com certo simplismo, estabelecer uma separação cortante entre o estado de polícia e o de direito: entre o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa o acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consequência do bem pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça substancialista; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental”.

46 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 98

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.100.

Dessa forma, a pena deve ser considerada como exercício de poder que não tem função reparadora ou retributiva (e nem pode se esperar dela tais funções, ainda que eventualmente possam ser cumpridas). Para a análise da pena concreta, não bastam as abstrações e idealizações trazidas pela teoria clássica – ou mesmo advogar que haja a necessidade intrínseca de uma função positiva. O foco precisa estar na punição como um exercício de poder, indagando-se como este poder é exercido, por quem é exercido e sobre quem recairá.

## 1.2. A pena para a legislação brasileira

As teorias da pena permanecem em disputa, não havendo unanimidade doutrinária sobre qual seria, afinal, sua função. Vários dos elementos das diversas teorias desenvolvidas, ainda que possam representar incoerências e contradições entre si, podem ser encontrados convivendo tanto no ordenamento quanto no pensamento jurídico. A pena pode ser interpretada por diferentes aspectos e vieses e um ou alguns pontos das teorias, acima demonstrados, servirão como respostas parciais ao fenômeno.

Dentre estes aspectos, encontra-se a abordagem legal da pena. Na legislação penal brasileira, houve acolhimento de mais de uma teoria da pena.

No Código Penal, houve o acolhimento de uma teoria mista, vez que reconhece as funções de reprovação – referenciando-se, então, às teorias absolutas – e de prevenção – o que retoma, por sua vez, as teorias relativas. Conforme o artigo 59 do Código Penal,

Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção**<sup>48</sup> do crime.<sup>49</sup>

Por sua vez, sob a perspectiva da execução da pena, o artigo 1º da Lei de Execução Penal reconhece as teorias da prevenção especial positiva, como se observa de seu texto: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**<sup>50</sup>”<sup>51</sup>

---

48 Grifos nossos.

49 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em junho de 2019.

50 Grifos nossos.

51 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em junho de 2019.

Há, portanto, duas esferas de análise da função da pena para a legislação penal brasileira: o primeiro deles é o de sua cominação, consequência do processo de conhecimento, momento no qual deverão ser alcançadas a reprovação da conduta praticada e a prevenção de sua repetição. O segundo deles é o do cumprimento da sanção determinada, orientada pela prevenção especial positiva, vez que elege como finalidade da execução penal a harmônica integração do condenado à sociedade.

Entretanto, a eleição de tais finalidades da pena não está livre de críticas. Conforme Rodrigo Roig, “tais finalidades são absolutamente inconciliáveis (pois se almeja uma ‘pena justa’ com conteúdo de utilidade) e nenhuma delas parece estar, por si só, alinhada com uma concepção democrática e republicana<sup>52</sup>”.

Por sua vez, posteriormente à reforma da Parte Geral do Código Penal e da LEP, a Constituição Federal dispôs, em seu artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, que não haverá penas cruéis, bem como é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral<sup>53</sup>.

Assim, o disposto pelo Código Penal e pela Lei de Execuções Penais deverá ser lido e aplicado tendo tal garantia como norte – e há de se questionar se a ordem constitucional vigente coaduna-se com a prevenção geral positiva<sup>54</sup>.

Os objetivos manifestos da legislação brasileira, em resumo, possuem as melhores intenções: o estabelecimento de uma pena suficiente para a reprovação e prevenção da atividade criminosa e, quando de sua execução, a integração social harmônica do condenado. Pode-se, inclusive, ir mais longe: a Constituição de 1824, primeira norma pátria a tratar da questão prisional, já trazia como disposição que “as prisões serão seguras, limpas e arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes<sup>55</sup>”, o que nunca se concretizou.

---

52 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 13.

53 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04/11/2017.

54 Para Rodrigo Roig, em sua crítica às teorias da pena “a repressão retributiva é de fato a expressão de um Direito Penal desigual, que promove a seletiva criminalização dos marginalizados sociais do mercado de trabalho, reforçando os instrumentos formais e ideológicos de controle social. Ademais, além das inúmeras críticas à retribuição feitas com autoridade pela doutrina, nos cabe recordar que a imposição de um mal como mero instrumento de retribuição contraria o objetivo fundamental de promover o bem de todos, alicerces de nossa República. Por sua vez, a prevenção especial positiva não é resposta constitucionalmente admissível, considerando que as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”. Em última análise, a sanção penal e sua execução não podem trazer consigo a finalidade de regulação moral dos sujeitos, pois haveria ruptura do princípio da secularização”. (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 13.)

55 BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CciVil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/CciVil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 25 de novembro de 2019.

Assim, portanto, a finalidade manifesta da pena inscrita na legislação penal não é passível de concretização. Não é possível, tendo por base a realidade prisional brasileira, afirmar a existência de qualquer proporcionalidade entre o ato criminoso e a pena efetivamente cumprida, tampouco a situação de hiperencarceramento redundando em diminuição da criminalidade ou existam políticas públicas e mecanismos que garantam uma ressocialização de fato.

As mais básicas garantias constitucionais são diariamente violadas no sistema prisional brasileiro, uma vez que não há respeito à integridade física e moral dos presos como também não se respeita a proibição de penas cruéis. Isso porque, evidentemente, a pena a ser cumprida em espaço exíguo e superlotado, carente de requisitos mínimos de habitabilidade e sujeito à violência, seja ela derivada das atividades criminosas ou fruto da repressão estatal, não pode ser qualificada de nenhuma outra forma.

Estas conclusões podem ser extraídas da análise dos dados disponíveis sobre o sistema prisional brasileiro. Conforme o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*, naquele ano havia 726.712 pessoas presas no Brasil, bem como 368.049 vagas em casas prisionais<sup>56</sup>. Em comparação ao *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*, pode-se notar o aumento do número de pessoas presas (eram 607.731 pessoas presas na época) e a diminuição de vagas em casas prisionais (havia 376.669 vagas anteriormente).<sup>57</sup>

Portanto, os dados expostos revelam a situação nacional na qual o hiperencarceramento é intensificado por duas frentes distintas: o número de prisões  **aumentou**  e o de vagas  **diminuiu** . É possível concluir, pela análise destes dados, que há uma tendência de agravamento da crise prisional, pois existe uma tendência ao agravamento da crise prisional, com o aumento de presos muito superior ao oferecimento de vagas, com a consequente violação de direitos e garantias fundamentais.

A preocupação com a devida garantia de direitos às pessoas encarceradas transcende qualquer utilitarismo vinculado ao impacto de tais medidas na segurança pública: a proteção e a garantia de direitos aos indivíduos, todos eles, deve ser garantida pelo Estado Democrático de Direito.

---

56 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em 01 de maio de 2019.

57 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

O presente trabalho concentra-se no hiperencarceramento porque ele sintetiza as várias violações de direitos ocorridas no ambiente carcerário pátrio. Conforme a síntese de Nilo Batista, “a questão da superpopulação é considerada a mais grave de todas, raiz e seiva de diversas outras”.<sup>58</sup> A incapacidade estatal de fornecer espaço físico suficiente às pessoas encarceradas irá gerar todas as demais mazelas do cárcere: a falta de fornecimento de alimentação, higiene e de espaços físicos adequados para o sono e descanso, a propagação de doenças, a circulação e consumo de entorpecentes, a reprodução da violência da criminalidade organizada no ambiente carcerário, vez que privilégios externos são levados para o ambiente restrito.

Assim, se não há espaço adequado para receber os corpos fisicamente, não existe espaço para nenhuma outra dimensão da vida que não seja a luta pela sobrevivência<sup>59</sup>. A superpopulação implica em descontrole administrativo, bem como demonstra a ausência de assistência e respeito às demais garantias da execução penal. E, as suas consequências diretas, vez que se impõe um verdadeiro “estado de natureza” pela sobrevivência, são a violência, a tortura e a morte.

Inclusive, cumpre ressaltar que determinadas mazelas do cárcere como superlotação, falta de acesso à água e alimentação, ausência de cuidados médicos, negação do suprimento das necessidades básicas de higiene para mulheres, confinamento em solitária por longa duração, também são objeto de constatação de maus-tratos por organismos internacionais de direitos humanos, tal qual são considerados, em alguns casos, tortura.<sup>60</sup>

Assim, não basta apenas a análise das disposições legais sobre a pena, que misturam promessas jamais cumpridas e ideais nunca alcançados. Deve-se ir além da função manifesta, uma vez que esta não se cumpre, e buscar elementos para tentar desvendar suas funções ocultas. Para tanto, faz-se necessário investigar as origens do atual modelo prisional, suas aspirações e inspirações.

---

58 BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 131.

59 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos - Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre*. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018. p. 19.

60 SOUZA, Taiguara L. S.. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. 375 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 246.

### 1.3. Antecedentes históricos da pena de prisão

A pena de prisão tal qual é estabelecida na contemporaneidade e está umbilicalmente ligada ao desenvolvimento do capitalismo. Tratam-se de conceitos paralelos – e, mais do que isso, comunicantes entre si e interferindo no desenvolvimento um do outro.

Conforme Vera Regina Pereira de Andrade,

A prisão é a pena por excelência do capitalismo e sua função é conservar e reproduzir ordem social capitalista (no Brasil amalgamada com elementos de ordem escravocrata) e a desigualdade de classe que lhe é própria, sendo, portanto, um mecanismo de controle de classe, complementar a outros mecanismos de controle social informal que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a educação. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente e, portanto, não é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista.<sup>61</sup>

Ao longo da história, a natureza da pena foi sendo alterada: penas corporais, capitais, pecuniárias, até a substituição pelas penas privativas de liberdade<sup>62</sup>, ante as quais encontra-se constituído o sistema penal contemporâneo.<sup>63</sup>

Até a Idade Média, as prisões não representavam a punição, mas a contenção do acusado enquanto aguardava seu julgamento, o que poderia levar meses ou anos e, geralmente, não existia previsão para a provisão da manutenção dos presos<sup>64</sup>. A permanência de prisioneiros após a sentença justificava-se, em grande parte, de pessoas pobres impossibilitadas de arcar com a fiança.<sup>65</sup>

Os antecedentes daquilo que viria a se tornar a prisão contemporânea remontam ao processo de urbanização europeu entre os séculos XV e XVI, quando as pessoas eram atraídas para as cidades, de forma a aumentar sua população de mendigos, desempregados e pessoas ociosas. Assim, com a demanda social que passa a surgir dessa nova população, em diversos

---

61 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Amilton Bueno de Carvalho no Movimento Direito Alternativo: Contributo Epistemológico, Criminológico e Político para a Brasilidade Democrática. In: *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: estudos críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 75.

62 CASTRO, Lola Aniyar de; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 53.

63 Evidentemente, a pena privativa de liberdade não é a única presente no ordenamento jurídico, havendo uma grande variedade de penas restritivas de direito, utilizadas inclusive como medida para evitar o aumento do encarceramento. Há, ainda, vários questionamentos sobre a utilização do cárcere na sociedade contemporânea, com a busca de alternativas à pena de prisão. Tais discussões e alternativas, apesar de constituírem por si só tema instigante de investigação, não serão discutidos com mais afinco neste trabalho.

64 O que equivale a dizer que referir-se à atual situação carcerária brasileira como “medieval” não representa descrição meramente hiperbólica. Muito da “evolução” do sistema prisional não chegou à prática nos cárceres nacionais, ou mesmo foi solenemente ignorado em prol do estado de caos.

65 RUSCHE, Georg e KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Tradução de Gizlene Neder. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 94-96.

locais começam a surgir instituições nos moldes das “*houses of correction*” inglesas, que mesclavam assistencialismo e “educação para o trabalho” e para onde eram enviados os desocupados, a fim de que pudessem aceitar as ocupações oferecidas, pelo salário oferecido, preferindo-as à detenção, de forma que a manutenção do patamar de salários e a submissão da mão-de-obra acabavam por ser também objetivos a serem alcançados pelo seu estabelecimento.

A importância do recorte histórico das “*houses of correction*” inglesas é que, conforme Dario Melossi,

Basta por ora observar como esse tipo de instituição foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito às classes a quem foi destinada, sua função social e a organização interna já são, grosso modo, aquelas do clássico modelo carcerário do século XIX.<sup>66</sup>

Experiências semelhantes ocorreram em outros países europeus, especialmente entre seguidores da doutrina calvinista (calcada no ascetismo e na valorização do trabalho), a fim de promover o controle da força de trabalho.

Cumprir frisar que, por muito tempo, as casas de trabalho não substituíram completamente toda a gama de punições vigentes, situando-se em uma posição intermediária entre a multa simples ou uma leve punição corporal e o desterro e a pena de morte<sup>67</sup>. Porém, no curso do desenvolvimento da instituição, foram sendo internados condenados por delitos mais graves e a penas mais longas, com a substituição paulatina dos outros tipos de punição pelo cárcere.

No contexto dos séculos XVII e XVIII, ainda que houvesse a previsão abstrata sobre a categorização dos internados, ainda que pudesse haver distinção entre os cárceres propriamente ditos e os locais destinados aos desocupados e pobres, esta não era considerada na prática.

Posteriormente, no século XIX, o cárcere se encontra em uma fase intermediária em que a vocação produtivista e profissionalizante começa a se sobrepor ao objetivo intimidatório e de puro controle.

Neste contexto, a partir da doutrina utilitarista, Jeremy Bentham propõe, a fim de alcançar a junção entre o sistema punitivo com o controle e a eficiência produtiva, a construção de uma estrutura chamada *Panopticon* – a combinação de dois recipientes cilíndricos coaxiais,

---

66 MELOSSI, Dario. “A gênese da instituição carcerária moderna na Europa”. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 39.

67 MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 43.

de vários planos, com funções opostas e complementares. No cilindro interno, ocultos por paredes opacas, ficariam localizados os carcereiros, sem a possibilidade de serem vistos, e que poderiam exercer um controle constante e inquisitivo sobre qualquer ponto do cilindro externo, através de espias colocadas nas paredes: nada podia fugir do seu olhar.

Ainda que o panóptico não tenha sido posto em prática, elementos do projeto, como o isolamento continuado e o princípio da inspeção, assim como a importância atribuída à produtividade da instituição, inspirarão o modelo carcerário norte-americano<sup>68</sup>.

Nos Estados Unidos, para além da importação do modelo europeu, sob a influência da maneira como se operou a colonização local e os reflexos do protestantismo na construção daquela sociedade, foram desenvolvidos novos modelos de prisão: o modelo da Filadélfia e o modelo de Alburn.<sup>69</sup>

As duas experiências apresentam, conforme Pavarini, um traço em comum: “a destruição, através do isolamento, de toda e qualquer relação paralela (entre internos-trabalhadores, entre os ‘iguais’) e, em contraposição, a ênfase, através da disciplina, nas relações verticais (entre superior/inferior, entre ‘diferentes’)”.<sup>70</sup>

As características do modelo filadelfiano podem ser resumidas da seguinte maneira: o isolamento se dava de maneira absoluta, com a disposição dos presos em células individuais; o silêncio absoluto, quebrado apenas pelos atos rotineiros, tais quais provimento de alimentação, trabalho e orações, com o objetivo de, em pouco tempo, haver a perda da noção objetiva, física, de sujeito; a disciplina institucional, na forma de disciplina do corpo, inclusive com a previsão de punições físicas; a instrução religiosa como instrumento para a retórica de sujeição, especialmente dentro de uma ética protestante; o trabalho oferecido como “prêmio”, que se torna única alternativa ante a inércia e ócio forçado, suspenso para aqueles “que não colaboram”. Tal trabalho não possuía finalidade econômica.<sup>71</sup> Trata-se, portanto, da educação e docilização para o trabalho a ser realizado posteriormente, fora do ambiente prisional.

---

68 MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 71.

69 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

70 PAVARINI, Massimo. A invenção da penitenciária: A experiência dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 219.

71 PAVARINI, Massimo. “A invenção da penitenciária: A experiência dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX”. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 219-225.

Por sua vez, o sistema auburniano ganha o incremento do trabalho penitenciário ser visto como atividade produtiva digna de ser explorada empresarialmente. Para além do isolamento e silêncio, os presos precisam estar empregados em alguma atividade produtiva, no sistema de “*day-association*” e “*night-isolation*”. A disciplina do corpo se fazia por meio de ações regulamentadoras, havendo, ainda, a previsão de castigos corporais. Havia, por fim, a repressão a qualquer forma de interação subjetiva através do “silêncio ininterrupto”, a fim de que a massa carcerária pudesse ser contida por poucos.<sup>72</sup>

Sobre a criminalidade e o sistema prisional desenvolvidos nos Estados Unidos, Pavarini argumenta que:

[...]a originalidade do sistema norte-americano não para aí. A concepção criminal do período jacksoniano tenta dar uma explicação etiológica do desvio, uma explicação que não seja apenas religioso-individualista, mas também – e algumas vezes apenas – social. O problema do desvio violento, o tema da desagregação da “saudável” família colonial, o fenômeno da juventude abandonada, por um lado, e por outro as iniciativas para moralizar a sociedade (sobretudo nas grandes cidades), um novo regime institucional (da *poor-house* para *workhouse*) para “reeducar”, para “reinsereir” as camadas mais frágeis no tecido social, constituem os aspectos centrais – seja no nível cognitivo, seja no nível reformista – desta original “revolução.” Todavia, neste sistema diferente de controle, o cárcere vem a desempenhar, além das funções já examinadas, um papel “instrumental”, “subordinado” a uma exigência que então surgia: o conhecimento criminal. A observação não é marginal: a criminologia – como ciência da criminalidade – é, antes de tudo, nas suas origens, o conhecimento do criminoso. Mais exatamente, e interpretando Foucault, conhecimento do criminoso e não conhecimento do “transgressor da norma penal.”<sup>73</sup>

A importância desses sistemas, para além da explicitação da relação entre a prisão e a ordem capitalista, com a formatação da massa de trabalho para as fábricas, é a de importação destes modelos estrangeiros e implantação na construção da realidade carcerária local.

Dito de outra forma, este é o desenvolvimento da prisão nos países centrais ao capitalismo, que é transmitido para suas margens, para mesclar-se na realidade local e também como inspiração para as necessidades locais.

---

72 PAVARINI, Massimo. “A invenção da penitenciária: A experiência dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX”. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 226-230.

73 PAVARINI, Massimo. “A invenção da penitenciária: A experiência dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX”. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 213-214.

#### 1.4. A prisão no Brasil

O modelo penitenciário desenvolvido na Europa e nos Estados Unidos foi, então, trazido à América Latina<sup>74</sup>, ainda que a realidade social local não fosse a mesma de onde tais projetos foram construídos. Sob a inspiração de tais modelos, ainda que a realidade local passasse longe da industrialização, modelaram-se o que viriam a ser os sistemas prisionais locais.

A formação do Brasil está intrinsecamente ligada a dois pontos fundamentais: sua natureza de colônia de exploração, onde o poder e a riqueza encontravam-se nas mãos de pouquíssimos indivíduos, e a prevalência da escravidão africana. Para qualquer análise da realidade brasileira, estes dois pontos não podem ser perdidos de vista, porque estão na origem de todo o arcabouço institucional nacional – e cujas consequências seguimos a recolher, ainda que no século XXI. Portanto, qualquer análise da sociedade e realidade brasileiras devem ter no horizonte a colonialidade e a escravatura. Conforme Gizlene Neder:

Na verdade, vivemos uma situação dilemática de sociedade marcada por sua origem colonial e escravagista. Tanto a colonização quanto a escravidão ditam, ainda, o padrão de estrutura social e de poder que exclui amplos setores da sociedade brasileira. Mesmo as modificações advindas com o processo de urbanização/industrialização não apagaram estas marcas, que precisam ser devidamente dimensionadas, sobretudo pelos efeitos ideológicos que manifestam-se sob a forma de permanências simbólicas que atravessam várias conjunturas do processo histórico brasileiro.<sup>75</sup>

Inclusive, a escravidão está nas origens da prisão contemporânea. No Brasil Colônia, público e privado se fundiam, vez que, para a população escravizada, submetida ao modo de produção de colônia exploratória, o senhor era o órgão responsável pelo sentenciamento e execução das penas.<sup>76</sup> Entre as pessoas livres, a situação não era muito diferente: a privação de liberdade (prisão simples) possuía uma função penal complementar e acessória, conforme o reflexo europeu das sociedades pré-capitalistas. O controle social penal se exercia

---

74 Sobre a criação e difusão de ideias acerca da delinquência – e, por via de consequência, da aplicação de pena – ao longo do século XIX e do papel dos Congressos Penitenciários Internacionais como tentativa de uniformização das experiências mundiais quanto ao tema (especialmente sobre a importação de modelos externos às necessidades latino-americanas), vide DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Tradução Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004, especialmente o conteúdo das páginas 75-107.

75 NEDER, Gizlene. “Em nome de Tântatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil”. In: *Violência & Cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 23.

76 BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 124.

predominantemente através da pena de morte, das penas corporais (açoites) e de medidas que reproduziam a condição social escrava (galés e prisão com trabalho).<sup>77</sup>

A implementação do modelo prisional brasileiro contemporâneo começa a se articular com a República e seu primeiro código penal, quando houve a unificação dos dois tipos de estabelecimentos existentes no Império (Casa de Detenção e Casa de Correção) deram lugar à ideia de sistema penitenciário.<sup>78</sup>

Este movimento coincide com a aderência do Brasil a um modelo, ainda que incipiente, de capitalismo industrial. Mas no final do século XIX, quando essa transição se desenrolava, estava em vigor um sistema penal cujo eixo era constituído de penas corporais – a pena de açoites permaneceu até o final da monarquia. Mas a crueldade do sistema escravagista e do racismo e classismo a ele inerentes sempre permaneceram no sistema.

Conforme Nilo Batista:

Vestígios desse sistema, signo de uma formação social autoritária e estamental, encontram-se ainda hoje nas práticas penais (dis?)funcionais das torturas, espancamentos e mortes com as quais grupos marginalizados, pobres e negros costumam ser tratados por agências executivas do sistema penal ou por determinação de novos ‘senhores’.<sup>79</sup>

Portanto, ainda que a experiência estrangeira tenha sido importada para o direito pátrio, o sistema prisional brasileiro não pode ser explicado – ou compreendido – através de uma mera operação de recorta-e-cola dos modelos europeus e norte-americanos. A vivência das margens – distante do centro do capitalismo mundial, portanto – não é a mesma e nem possui os mesmos objetivos de onde tais ideias foram originadas.

Conforme Gizlene Neder:

Tanto o crime quanto a punição encontram-se, portanto, relacionados à constituição e movimentação do mercado de trabalho no processo de construção de uma ordem burguesa no Brasil, mas não de uma maneira simplista. Menos ainda como uma regra (mão-de-obra escassa = recuperação e ressocialização; mão-de-obra abundante = pena de morte). Estamos, através da análise histórica, relativizando tal abordagem. Destarte, ressaltamos que o pensamento e ação jurídico-penal no Brasil tem produzido efeitos muito mais ideológicos do que político-econômicos. Este processo de ideologização contribuiu, assim, para o reforço da introdução da ideologia burguesa de trabalho que orientou a passagem ao capitalismo na formação social brasileira de forma particular: como frisamos, com várias permanências simbólicas da ordem escravista que avalizam, até hoje, o descaso, a arrogância e o extermínio.<sup>80</sup>

77 BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 124.

78 NEDER, Gizlene. “Em nome de Tánatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil”. In: *Violência & Cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 30.

79 BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*. *Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 125.

80 NEDER, Gizlene. “Em nome de Tánatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil.” In: *Violência & Cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 29.

Assim, ainda que haja ecos da fábrica na formação e estabelecimento do sistema prisional brasileiro, não se pode reconhecer os fins primários aos quais se destinavam a prisão em suas origens europeias<sup>81</sup>. A prisão é, por evidente, parte do capitalismo (e refletora de sua divisão por classes) mas, no Brasil, alia-se à prática racista e genocida. O corpo objeto da prisão, que superlota as estruturas carcerárias, possui classe e cor<sup>82</sup>, é oriundo das periferias das regiões metropolitanas e de uma realidade de ausências, sendo as mais pungentes as de serviços e políticas públicas.

A pena de prisão é deslegitimada, mas é nas margens do capitalismo em que tal deslegitimação se revela com maior intensidade. Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade:

[...] a deslegitimação da prisão é fática, ou seja, advém dos próprios fatos, e o fato empírico mais deslegitimante das prisões latino-americanas, incluindo a prisão brasileira, é a crueldade, a tortura e a morte e que a dose de violência do aprisionamento periférico é quantitativamente maior e qualitativamente diferenciada em relação ao centro capitalista, que tem a ver com as condições históricas concretas da nossa formação social e econômica. Em sociedades como o Brasil, com uma secular tradição de violência física como mecanismo de controle social, os corpos, sobretudo de negros e pobres, antes das senzalas, depois das marginalizadas e conflituosas periferias urbanas ou das zonas rurais, ainda que infantis e juvenis, nunca saíram de cena como objeto de punição. Aqui, na periferia, a lógica da punição simbiótica com a lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre pena de prisão como pena oficial (com as suas funções nobres declaradas) e pena informal de morte, antes, por dentro e para além da prisão.<sup>83</sup>

O sistema prisional brasileiro define-se, portanto, pela simbiose entre a lógica da punição e a lógica genocida. Sua representação quintessencial é o massacre do Carandiru – uma casa prisional superlotada e a manifestação da violência estatal em sua forma mais explícita<sup>84</sup>. O trágico evento deveria ter servido de marco para melhorias do sistema penitenciário, mas o

---

81 Quanto aos Estados Unidos, na formação do sistema prisional e sua formatação local também estarão presentes várias das funções ocultas que também aparecerão no Brasil, como exercício de controle social sob uma perspectiva de raça e de classe.

82 Em relação à cor das pessoas atualmente encarceradas no Brasil, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – de 2016, “a informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional estava disponível para 493.145 pessoas (ou 72% da população prisional total). A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, podemos afirmar que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a parcela negra representa 53%, indicando a sobre-representação deste grupo populacional no sistema prisional”. (BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em 01 de maio de 2019).

83 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Amilton Bueno de Carvalho no Movimento Direito Alternativo: Contributo Epistemológico, Criminológico e Político para a Brasilidade Democrática.” In: *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: estudos críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 79.

84 É uma trágica ironia que, até o presente momento, não tenha havido nenhuma punição aos responsáveis pelo assassinato de 111 presos ocorrido naquela ocasião.

que se vê é o contrário: a escalada do encarceramento, a edição de legislações cada vez mais baseadas no punitivismo mais simplista, o recrudescimento de organizações criminosas. A crise é a tônica da prisão, mas o que se vê no Brasil transcende este conceito – trata-se da barbárie, pura e simples.

De acordo com Loic Wacquant:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público; entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (...); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou formação) e das carências da supervisão.<sup>85</sup>

Ora, dentro de uma realidade em que se elege um Estado Democrático de Direito com a primazia constitucional, não pode e nem deve ser admitida a barbárie. O encarceramento consistir num instrumento de abandono, esquecimento, violência e extermínio representa a subversão de todo o sistema de direitos e garantias fundamentais aos quais todos fazem jus. É, portanto, inadmissível dentro da ordem jurídica pátria.

Cabe, então, o questionamento: como aplicar os princípios regentes do Estado Democrático de Direito a uma realidade prisional que não apenas viola-os diuturnamente, mas é constituída de tal forma a permanecer em permanente estado de crise?

---

85 WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 11.

## 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LEI PENAL

### 2.1. A natureza jurídica da execução penal

Uma vez examinados os fundamentos da pena, do seu papel no Direito na Filosofia e na Política, dos seus objetivos declarados e ocultos, cabe avançar para sua consequência lógica: se houve uma pena, ela deverá ser cumprida. Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, a análise fixar-se-á na pena privativa de liberdade e na situação brasileira de hiperencarceramento.

Diariamente, o disposto nos incisos XLV e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal – não haverá penas cruéis, bem como é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral – é violado, de forma a ser necessário prosseguir na indagação sobre como fazer valer estes dispositivos constitucionais frente às omissões dos demais poderes.

Evidentemente, podem haver outras soluções possíveis à questão do inchaço do sistema prisional a serem dadas pelo Poder Judiciário<sup>86</sup>, sendo o foco desta análise aquelas derivadas da atuação jurisdicional na Execução Penal a fim de fazer cumprir aos dispositivos constitucionais.

Dentro da ordem jurídica, a disciplina responsável pela efetivação da pretensão punitiva consolidada em sentença, bem como da tutela dos indivíduos presos provisoriamente<sup>87</sup>, será a Execução Penal.

Assim como o Direito Penal (e por fazer parte do sistema penal), a Execução Penal possui objetivos declarados, conforme inscritos na Lei de Execuções Penais<sup>88</sup> – que ressoam como dever-ser, vez que distantes da aplicação na realidade concreta – e objetivos não-declarados não muito destoantes daqueles encontrados quando da análise das penas. A

---

86 Duas soluções possíveis, exemplificativamente, dizem respeito ao julgamento mais célere de processos para que as prisões preventivas não se estendam indefinidamente e à aplicação mais difundida de penas alternativas. Ademais, deve ser combatida certa tendência punitivista por parte dos julgadores, vez que é usual a aplicação de penas severas a condutas de baixa reprovabilidade social, o que pode ser verificado por simples pesquisa jurisprudencial. O lugar-comum de que “prende-se muito e prende-se mal” (o que não deixa de refletir os objetivos não declarados do Direito Penal) deve ser posto em análise, inclusive para enfrentamento das violações sistêmicas ora apontadas.

87 Conforme disposto pelo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

88 Veja-se os seguintes artigos da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984: Lei de Execução Penal:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

criminalização obedece, em regra geral, mais à vulnerabilidade (classe social, instrução, vizinhança características físicas, idade, gênero, etc.)<sup>89</sup> do que ao delito e, por via de consequência, essa análise será replicada quando do cumprimento da pena.

A expressão Direito Penal é utilizada em sentido dúplice: tanto para definir o sistema penal, que é um conjunto de normas com um eixo comum e que compartilham princípios, ainda que possam se tratar de disciplinas autônomas e de conteúdo próprio, quanto para nomear o Direito Penal em sentido estrito, significando o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução de sanções cominadas<sup>90</sup>. Assim, tendo tal distinção em mente, a menos que seja especificado de maneira diversa, as menções ao Direito Penal utilizarão a expressão em sentido amplo, a fim de abarcar o sistema penal. Cabe então o questionamento sobre qual seria a posição da Execução Penal neste sistema de normas de eixo comum que se interseccionam.

A partir de um ponto de vista processual, a Execução Penal é uma nova relação formada após o processo de conhecimento. Embora haja identidade entre os sujeitos processuais – juiz, Ministério Público e réu, agora em cumprimento de pena – os papéis exercidos por cada um deles sofre alteração: o Ministério Público, que antes pretendia a condenação, agora quer o cumprimento de pena; o juiz não preside a instrução e tampouco julga a ação penal – por inexistir instrução (à exceção de raros incidentes da execução penal em que esta será necessária) e por sua função concentrar-se em garantir que o cumprimento de pena seja feito nos termos da lei; o condenado já não figura mais como réu, não havendo mais a postulação da absolvição, mas sim a busca pela observância de seus direitos no curso do cumprimento de pena.

Ainda que o conceito de Execução Penal possa ser resumido à colocação em prática do comando contido em uma decisão jurisdicional penal, em regra contra a vontade do condenado<sup>91</sup>, esta não pode ser compreendida como apenas um conjunto de regras procedimentais. Para além do “conjunto de atos processuais que se verificam depois de haver passado em julgado a sentença condenatória<sup>92</sup>”, há conteúdo principiológico próprio a ser observado, assim como aqueles comuns ao sistema penal.

---

89 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 300.

90 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 24.

91 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 12.

92 LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos de Instrumentalidade Constitucional)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 256.

Entretanto, ao contrário do Direito Penal em sentido estrito e do Direito Processual Penal, na Execução Penal o Poder Executivo exerce papel ativo em sua concretização, uma vez que as penas em concreto serão cumpridas em estabelecimentos mantidos e geridos pela Administração, com regramento e funcionamento próprio. Enquanto o processo se desenrola inteiramente no âmbito do Poder Judiciário, a execução dependerá da atuação direta de outro Poder. Assim, tendo em vista o intercâmbio e o papel destes dois Poderes quando do cumprimento das penas, questiona-se a natureza da Execução Penal: administrativa ou jurisdicional?

Há três correntes doutrinárias: a que concede à Execução Penal o caráter administrativo, a que lhe concede caráter misto e a que lhe concede caráter jurisdicional.

A corrente administrativista é a mais antiga dentre elas, derivada de uma separação estanque de poderes, calcada no fundamento de que cessada a atividade jurisdicional com a sentença condenatória transitada em julgado, teria início a atividade da Administração com a execução da pena. Solucionado o conflito pela sentença penal transitada em julgado, a jurisdição estaria esgotada, tendo início a atividade administrativa, discricionária<sup>93</sup>.

Tal concepção não encontra mais guarida na doutrina pátria, especialmente após a promulgação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)<sup>94</sup>, que institucionalizou, via processo legislativo, o modelo jurisdicional de execução.<sup>95</sup> Este diploma normativo introduziu a jurisdicionalização da Execução Penal e trouxe o compromisso expresso com a legalidade nas sanções disciplinares<sup>96</sup>.

A opção por jurisdicionalizar a Execução Penal brasileira representou grande avanço, em especial no que tange à necessidade de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das penas pelo Judiciário e o poder de decidir sobre os incidentes processuais.<sup>97</sup> Não é possível, portanto, ante o advento da Lei de Execução Penal, admitir qualquer teoria que dote a disciplina de natureza unicamente administrativa. Restam então duas correntes

---

93 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 163-164.

94 A título de exemplo, transcreve-se dois artigos da Lei de Execução Penal que reforçam seu caráter jurisdicional:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

95 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167.

96 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 303.

97 GONÇALVES, Vanessa Chiari. Direito penitenciário: reflexões e noções preliminares. In: *Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal*. Org. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 74.

atualmente adotadas pela doutrina pátria: a da natureza mista e da natureza jurisdicional da Execução Penal.

A doutrina da natureza mista defende que embora os incidentes do processo se desenvolvam em âmbito judicial, diversos aspectos da execução dependem de atuação administrativa, sobretudo da direção, chefia de disciplina e secretaria dos estabelecimentos penais. Assim, a Execução Penal transcorreria entre os dois Poderes: haveria dois aspectos essenciais da execução da pena – a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos incidentes da execução. Assim, os fatos ocorridos intramuros teriam natureza meramente administrativa, em relação aos quais o juiz exerceria papel administrativo ao fiscalizar e acompanhar os trabalhos ocorridos nas penitenciárias, proferindo decisões tipicamente jurisdicionais somente nos incidentes da execução<sup>98</sup>.

Conforme Ada Pellegrini Grinover:

Não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.<sup>99</sup>

Por fim, há a corrente doutrinária que entende pela natureza puramente jurisdicional da Execução Penal. Os argumentos desta corrente versam, para além do texto legal que reconhece a Execução Penal como atividade jurisdicional, pelas garantias de contraditório, ampla defesa e emanção de decisão imparcial que devem transcorrer durante todo o cumprimento de pena. Admitir a atividade administrativa seria admitir a discricionariedade – e, junto a ela, a arbitrariedade da autoridade administrativa.

De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig,

Pensar a execução como atividade administrativa significa dar margem à imposição do interesse estatal sobre o individual, pretensão esta inclinada à satisfação de pretensões retributivo-preventivas. Por outro lado, enxergar a execução penal como atividade de natureza jurisdicional significa em primeiro lugar assumir que não pode haver prevalência do interesse estatal sobre o individual, mas polos distintos de interesse (Estado e indivíduo), cada qual refletindo suas próprias pretensões (retributivo-preventiva e libertária, respectivamente). Em segundo lugar, significa reconhecer que todos os atos executivos, mesmo aqueles administrativos de origem, sempre serão sindicáveis pela Jurisdição (ato de justiça formal e substancial, não de administração). Não se pode olvidar ainda que as concepções administrativistas – ou mesmo as mistas –, desconsiderando a existência do conflito de interesses e de pretensões, acabam por incorporar em seus discursos elementos inquisitoriais refratários ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal. O mesmo não se verifica na concepção jurisdicional da execução penal, uma vez que a

---

98 FERNANDES, Antonio Scaranci. Execução penal: aspectos jurídicos. In: *Revista CEJ*, v. 3, n. 7, p. 68-83, 20 abr. 1999.

99 GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115.

própria aceção de jurisdição demanda a existência de contraditório entre as partes, o desempenho da ampla (e técnica) defesa e a emanção de um provimento imparcial e processualmente correto.<sup>100</sup>

O reconhecimento do caráter jurisdicional da Execução Penal provoca profunda alteração no papel do apenado: de objeto do procedimento administrativo, torna-se sujeito da relação processual, sendo titular de direitos, faculdades e poderes, não sendo mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus.<sup>101</sup>

Pode-se enxergar os interesses conflitantes que formam a relação processual: por um lado, o Estado; do outro, o indivíduo, situados em polos opostos, que caberá à Jurisdição dirimir – e em relação ao qual o apenado será sujeito, e não apenas objeto das decisões que envolvem sua liberdade.

Ademais, na lição de Salo de Carvalho,

Se o processo penal é o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da resposta ao delito, deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e humanidade dos apenados. Logo, o juízo de execução tem poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos prisionais e dos detentos.<sup>102</sup>

Assim, ainda que a pena de reclusão seja executada no interior dos presídios, de responsabilidade e gestão da Administração, a Execução Penal é um fenômeno jurisdicional. Cabe ressaltar que reconhecer a natureza jurisdicional da Execução Penal não é afastar o papel da Administração naquilo que diz respeito à gestão do sistema penitenciário e à elaboração de políticas públicas relacionadas ao tema. Há cooperação entre os Poderes para que as penas sejam cumpridas, o que não implica o reconhecimento de natureza mista do instituto<sup>103</sup>. A Administração é parte da relação processual havida entre o indivíduo e o Estado quando da execução da pena, mas não sua protagonista.

Estabelecida a natureza jurisdicional da Execução Penal, deve-se destacar a relevância de tal posicionamento, para além do aprofundamento teórico: reconhecer a natureza jurisdicional do instituto significa a explicitação de sua submissão às garantias constitucionais decorrentes desta natureza.

Conforme Antonio Scaranci Fernandes:

Mas, apesar disso, entendemos ser ainda relevante examinar o problema da natureza jurídica da atividade do juiz na execução penal. Não tanto em face de um fatigante

100 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115-116.

101 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 168.

102 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169.

103 A relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo no que diz respeito à Execução Penal voltará a ser assunto do presente trabalho.

objetivo meramente teórico, mas principalmente em razão de outro mister: evidenciar que a execução penal é jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário.<sup>104</sup>

Portanto, afirmar que a Execução Penal possui natureza unicamente jurisdicional é estender a ela garantias constitucionais: não apenas relativas ao devido processo legal e a imparcialidade do órgão judiciário, mas também ao amplo respeito às garantias individuais previstas no texto constitucional, especialmente naquilo que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana.

## 2.2. A Constituição e o direito penal

O ordenamento jurídico brasileiro, em sua configuração atual, tem como centro a Constituição. É a partir dela e com base em seus dispositivos que o Estado Democrático de Direito se consolida. E, dentro do Estado Democrático de Direito, o autoritarismo é contido para que prevaleça o ambiente democrático e com observância às instituições.

Assim, pelo fato do *jus puniendi* ser manifestação de um Estado Autoritário que ainda vive e pela necessidade de sua contenção, não há interpretação e aplicação do Direito Penal que não passe pela Constituição<sup>105</sup>. Afinal, “o saber do direito penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informar”<sup>106</sup>.

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.<sup>107</sup>

104 FERNANDES, Antonio Scaranci. Execução penal: aspectos jurídicos. In: *Revista CEJ*, v. 3, n. 7, p. 68-83, 20 abr. 1999.

105 Aqui se encontra a síntese mais singela do garantismo, que será abordado com mais vagar posteriormente.

106 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 319.

107 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

Alguns princípios do Direito Penal encontram-se inscritos na Constituição Federal, como o princípio da legalidade<sup>108</sup>, da irretroatividade da lei penal<sup>109</sup>, da proporcionalidade<sup>110</sup>, da presunção de inocência<sup>111</sup>, do contraditório e da ampla defesa<sup>112</sup> e do devido processo legal<sup>113</sup>.

O *jus puniendi* exercido pelo Estado precisa de contenção porque há uma parcela de estado de polícia no interior do estado democrático e, pelo fato de o Direito Penal lidar com matéria tão sensível como a liberdade do indivíduo, a proteção mínima a qual o indivíduo faz jus deve vir contida na norma de maior hierarquia dentro do sistema jurídico brasileiro. O Estado Democrático de Direito deve tolher tendências autoritárias e punitivistas – e o faz também por meio da relação umbilical existente entre Direito Constitucional e Direito Penal.

Ademais, ganha importância na consolidação dos direitos e garantias constitucionais o papel do Direito Processual Penal de um Estado Democrático de Direito, que deve observá-los e também servir como instrumento de sua consolidação. Conforme exposto por Aury Lopes Jr.,

O Direito (principalmente o Penal e o Processo Penal) passa a desempenhar um novo papel no Estado Democrático de Direito. Como bem identificou WUNDERLICH, ‘com o nascimento do Estado Constitucional Democrático de Direito, a teoria crítica jurídica prega a necessidade de uma adequação ao novel paradigma de produção científica. Deve-se **criar uma ruptura com o direito meramente regulador, para que se possa ingressar no de direito promovedor e transformador**. Em síntese, basta referir que os processualistas contemporâneos têm se orientado por uma tutela constitucional do processo, tendo o processo como **instrumento a serviço da ordem constitucional**’.<sup>114</sup>

Assim, sendo o processo instrumento para efetivação dos direitos fundamentais, não deve se calar ante sua violação, procurando oferecer soluções quando a jurisdição é provocada a se manifestar.

Este vínculo de dependência existente entre o Direito Penal e a Constituição é evidente, não havendo maiores controvérsias ou questões sobre o tema. Quando se trata da

---

108 Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

109 Art 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

110 Vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal são exemplos do princípio da proporcionalidade, como, por exemplo, o inciso XLVI, sobre a individualização da pena.

111 Art 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

112 Art 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

113 Art 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

114 LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 2006. p. 42

constitucionalização dos princípios do Direito Penal, não existem maiores questionamentos – o princípio da legalidade, da presunção de inocência ou da individualização da pena fazem parte do texto constitucional, o que reforça sua imprescindibilidade.

Ademais, uma Execução Penal que possui caráter jurisdicional traz por consequência a sujeição aos princípios constitucionais. É afirmar: a Execução Penal é regida pelos princípios constitucionais e deve ser interpretada a partir destes.

Destarte, uma vez estabelecido que o Direito Penal e a Constituição têm entre si uma relação de entrelaçamento, a questão da interpretação trará uma implicação bastante relevante: levando em consideração os princípios constitucionais, quais seriam os critérios interpretativos a serem adotados pelo Direito Penal?

### 2.3. A interpretação do direito

Interpretar é extrair o sentido da norma, processo pela qual todas as normas precisam passar para serem aplicadas. Na definição de Carlos Maximiliano:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.<sup>115</sup>

O adágio *in claris non fit interpretatio* é falacioso, pois até para se concluir que a norma é clara é necessário interpretá-la. Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é necessário procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, não dispensa a exegese – pelo contrário, implica-a, pressupõe seu uso preliminar.<sup>116</sup>

Para tanto, serão necessárias técnicas interpretativas para realizar a melhor leitura do Direito. A doutrina clássica traz três dimensões de análise da interpretação distintas: quanto aos agentes, aos meios e aos resultados.

Quanto aos agentes, há três espécies de interpretação: autêntica (parte do legislador ao proclamar leis interpretativas), judiciária (parte do juiz e, quanto mais superior a instância, maior a relevância da interpretação) e doutrinária (marcando o papel interpretativo do jurista)<sup>117</sup>.

---

115 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.7-8.

116 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30-31.

117 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 448-450.

Evidentemente, o intérprete não é uma entidade abstrata existente em uma dimensão metafísica. Ele (ou ela) é fruto de uma sociedade, de um gênero, de uma etnia, de uma classe social e sua maneira de interpretar o Direito será derivada de sua interação com a realidade<sup>118</sup>. Juízes (e juristas, e legisladores) diferentes pertencem à tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias<sup>119</sup> – e isto é inevitável.

A questão de onde parte a interpretação é o que faz derrubar o mito da neutralidade do intérprete. Não é possível ser neutro, uma vez que a sociedade onde está inserido o intérprete é composta de posições e de ideologias conflitantes. Toda interpretação – todo intérprete – parte de um determinado lugar. Ainda que a ideia de ordenamento jurídico traga consigo a necessidade de coerência, esta não se revela como sinônimo de homogeneidade. Afirma Lênio Streck:

[A dogmática jurídica] contém em seu bojo um discurso cuja condição de verdade-valoridade é justamente a aparência de que os sentidos estão submersos, é dizer, escondidos por detrás da realidade sociojurídica, no interior da qual, conseqüentemente, a tarefa (“desinteressada!”) do hermenêuta se resume a trazer esse (correto-unívoco) sentido a lume, como uma verdade revelada! Para tanto, como se estivesse de posse da pedra filosofal da hermenêutica, o intérprete fala (sempre) de um lugar fundamental. De um lugar virtual. De um não-lugar. De um lugar ideal(izado). A-histórico. Atemporal!<sup>120</sup>

É necessária, portanto, a busca por um nexos interpretativo que amalgame todas essas diferentes concepções e abordagens a fim de compatibilizá-las em um todo harmônico.

Conforme Ronald Dworkin:

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido” - o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Não obstante, um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância. (...) Contudo, as influências que levam mais poderosamente à convergência são inerentes à natureza da interpretação. (...) Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual, de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico

---

118 Há toda uma leitura de gênero, etnia e classe passível de ser realizada acerca do impacto de tais elementos nas decisões de julgadores. Indivíduos saídos de setores diferentes da sociedade terão impressões distintas da realidade. Assim, a diversidade dos operadores do direito, especialmente dos ocupantes dos altos cargos do Judiciário, revela-se de fundamental importância para a apresentação de pontos de vista distintos e, conseqüentemente, renovação do Direito.

119 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110.

120 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 243.

forma, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, aumenta a pressão centrípeta.<sup>121</sup>

Quanto aos meios, a interpretação pode ser gramatical, lógica e analógica. A interpretação gramatical, também nominada filológica, literal ou léxica, supõe a interpretação do significado literal das palavras contidas na norma, isoladamente ou no contexto da frase. É o meio mais primário de interpretação jurídica e, em grande parte das vezes, será a única interpretação necessária.

A interpretação lógica é aquela que investiga as condições e os fundamentos da origem e elaboração das normas, de forma a reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei. Entretanto, o que significa buscar a vontade da lei? A vontade do legislador seria relevante? A intenção que se buscou quando da promulgação da lei?

Os termos “intenção”, “propósito” e “vontade” são vagos e imprecisos e a base de tal busca seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento inicial.<sup>122</sup>

Há, por fim, o método de interpretação analógico. A analogia é técnica de integração da norma, para que as lacunas do ordenamento jurídico sejam preenchidas pela interpretação análoga da norma a fim de aplicá-la para uma situação não prevista.

Em suma, quanto aos resultados, a interpretação pode ser declarativa, extensiva e restritiva. A interpretação declarativa ocorre quando a interpretação gramatical e a interpretação lógica coincidem, ou seja, a letra da lei corresponde ao sentido que lhe é dado pela razão. A interpretação extensiva ocorre quando a lei abrange mais casos do que os taxativamente contemplados, isto é, o teor da norma é objeto de alargamento e retificação para contemplá-los. Por sua vez, a interpretação restritiva ocorre no sentido oposto, quando o alcance da norma é restringido.<sup>123</sup>

Por fim, destaca-se a ressalva de Dworkin sobre o processo interpretativo:

Dada a interpretação geral, de base, que a concepção propõe a respeito das linhas gerais da interpretação e do precedente, o que se deve fazer quando o texto de uma lei for obscuro? O que é decisivo: o significado “evidente” ou “literal” das palavras usadas para registrar a decisão, ou as intenções ou propósitos das autoridades que tomaram a decisão? O que é significado “literal”? Que significam, aqui, “intenção” e “propósito”? Que sentido podemos atribuir a um propósito ou intenção coletivos? O conteúdo de uma decisão legislativa ou judicial extrapola as intenções concretas de seus autores, abarcando questões análogas ou, em certo sentido, estreitamente

121 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110.

122 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 20.

123 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 448-454.

relacionadas? As decisões legislativas ou judiciais podem ser tomadas por extensão, isto é, de acordo com a lógica interna das decisões mais limitadas que essas autoridades tinham, de fato, em mente?<sup>124</sup>

No Estado Democrático de Direito, o “nexo interpretativo” a ser buscado pelo intérprete é a Constituição. A interpretação da norma passa pela sua adequação ao conteúdo constitucional e sua principiologia, será o elemento ordenador que balizará os demais conteúdos do ordenamento jurídico.

De acordo com Lênio Streck:

Consequentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que formará a interpretação do restante do sistema jurídico. (...) a Constituição não pode ser entendida como um ente disperso “no mundo.” Tampouco pode ser entendida como uma espécie de topos conformador / subjuntivo da atividade interpretativa, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica. (...) A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. (...) O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.<sup>125</sup>

Assim, haverá um norte responsável pela manutenção da coesão do ordenamento jurídico: a Constituição. E será para essa direção que o intérprete deverá guiar-se no processo interpretativo.

### 2.3.1. A teoria da integridade do Direito

Ronald Dworkin, em uma tentativa de estabelecer parâmetros interpretativos, rejeita as teses de que diferenciam a busca da vontade do legislador e da vontade da lei como a função do intérprete. Em sua opinião, o intérprete faz as duas coisas e ao mesmo tempo nenhuma: o caráter interpretativo do Direito é realçado pela busca das respostas no ordenamento jurídico e nos princípios que o sustentam.

Segundo o autor,

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (...) o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou

---

124 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 124.

125 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 249-250.

inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>126</sup>

De acordo da concepção do Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>127</sup>.

Assim:

O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial.<sup>128</sup>

O direito como integridade pede que os intérpretes admitam na medida do possível que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo às normas existentes no ordenamento jurídico.<sup>129</sup>

Os juízes devem tomar suas decisões com base em princípios, não em política. E o repositório dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, é a Constituição.

A fim de contextualizar de que forma a integridade do Direito operaria, o autor utiliza-se da metáfora do romance em cadeia. O raciocínio é o seguinte: uma vez que o Direito é expressão de linguagem e interpretação, assim como os romances, então está sujeito a uma interpretação semelhante à literária. O juiz, ao decidir sobre o que é direito em um caso concreto, pode ser comparado a um crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou poema complexo. O ordenamento jurídico funcionaria como romance em cadeia – ou seja, um romance escrito por vários autores.

Para que a estrutura do romance se mantenha coesa, o próximo autor deverá ater-se às estruturas anteriormente criadas – os mesmos personagens, o mesmo cenário – fazendo

---

126 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271-272.

127 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273.

128 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

129 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

avanzar a trama. Há, evidentemente, convenções pré-concebidas a guiarem o trabalho dos autores para que o resultado final não se converta em balbúrdia – e, ao fim, ao seguir essa linha-mestra, será possível apresentar uma obra coesa.<sup>130</sup>

Da mesma maneira o Direito se estrutura: há uma linha-mestra a ser percorrida e um compromisso com as convenções pré-assumidas para que a coesão se mantenha – mas, dentro dessas balizas, o operador poderá contribuir com sua interpretação.

### 2.3.2. A interpretação e o Direito Penal

A interpretação do Direito Penal terá algumas peculiaridades em relação às regras gerais acima expostas, especialmente pela incidência do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é um dos pilares do Direito Penal, possuindo o seguinte conteúdo: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Tal princípio é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque visa à proibição da retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, a utilização do costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais<sup>131</sup>.

Pode-se avançar mais, com a observância complementar de um princípio derivado da legalidade, o da reserva legal, que significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei, de acordo com as previsões constitucionais a respeito<sup>132</sup>.

Tais princípios (legalidade e reserva legal) representam “a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático.”<sup>133</sup> Ou seja, cabe apenas ao legislador ampliar o catálogo de delitos no ordenamento jurídico brasileiro, nunca ao juiz.

Dessa forma, não é permitida a utilização da analogia *in malam partem* no Direito Penal. Tudo o que restringe a liberdade do indivíduo deverá vir expressamente previsto pela lei,

---

130 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-283.

131 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 465.

132 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

133 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

não sendo admitido que uma sanção possa ser aplicada, por via de analogia, a situação não prevista pela legislação penal – o exercício do *jus puniendi* não pode ser ampliado pelo intérprete. A solução *semelhante* não pode servir ao propósito condenatório.

Em relação ao limite interpretativo da lei penal, Juarez Cirino dos Santos diz que:

O limite da interpretação da lei penal é determinado pelo significado das palavras empregadas na linguagem da lei penal, que não indicam quantidades expressas em números, medidas ou pesos, mas valores cujos sentidos devem ser determinados pelo intérprete: por um lado, o legislador define normas penais utilizando palavras para construir a lei penal; por outro lado, o juiz decide casos concretos fundado no significado das palavras empregadas pelo legislador para definir a lei penal.<sup>134</sup>

O que não significa, porém, que nenhuma analogia será permitida na esfera penal. A analogia *in bonam partem* – ou seja, aquela capaz de amenizar o poder punitivo estatal – é admitida.

Cabe repisar que a interpretação – e o próprio Direito, enfim – não parte de uma realidade metafísica estática. O Direito e os valores sociais nele refletidos são dinâmicos, de forma que a interpretação não pode congelar-se no tempo, ou seja, desvincular-se do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural no qual está inserido. Não pode, por conseguinte, divorciar-se da concepção de Estado, no caso brasileiro, Estado Democrático de Direito.<sup>135</sup>

Inclusive, Carlos Maximiliano, no início do século XX, já afirmava que:

Não se confunda exegese estrita com imobilidade da Hermenêutica: até mesmo no campo do Direito Penal a interpretação adapta-se à época, atende aos fatores sociais, afeiçoa a norma imutável às novas teorias, à vitoriosa orientação da ciência jurídica. Todo Direito é vivo, dinâmico.<sup>136</sup>

Portanto, a interpretação do Direito Penal deve dialogar com a Constituição e o Estado Democrático de Direito. A rigidez exigida para sua interpretação justifica-se como proteção ao indivíduo em relação a arbitrariedades e exacerbações do *jus puniendi* – não à observância dos princípios constitucionais para que direitos básicos do indivíduo sejam violados.

## 2.4. Críticas à prática da interpretação

134 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 64.

135 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

136 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 266.

Verifica-se através de uma observação empírica, no entanto, uma limitação da prática da interpretação pelos operadores jurídicos, que Lênio Streck nomeia como “fetichização do discurso jurídico”, o que significa dizer, através do discurso dogmático, que a lei pode ser vista como uma lei-em-si, abstraída das condições de produção que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade. O discurso dogmático transforma-se em uma imagem, na tentativa (ilusória) de expressar a realidade social de forma imediata. O discurso jurídico torna-se um “texto sem sujeito.”<sup>137</sup>

O jurista continua, afirmando que “o processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo.”<sup>138</sup> O Direito constrói-se a partir da interpretação – nas palavras de Dworkin, “o Direito é um conceito interpretativo.”<sup>139</sup>

É evidente, como anteriormente mencionado, que é necessário um nexo interpretativo para que haja a aplicação do Direito. Há diretrizes e linhas-mestras a serem seguidas, mas a interpretação pressupõe a (re)descoberta/(re)construção do sentido da norma e não a aplicação irrefletida de um gabarito – até porque a aplicação irrefletida de gabaritos não se confunde com a interpretação.

Ora, interpretar é dar sentido. A norma é muda enquanto não for interrogada, reclamada e trazida a um presente espaço-temporal, de onde há de mostrar as suas potencialidades. O Direito deve ser compreendido “não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-construídos, esperando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim como textos que permanentemente (re)clamam sentidos.”<sup>140</sup>

De acordo com Lênio Streck:

Frente ao texto jurídico, instala-se a “barbárie”, algo do tipo “estado de natureza textual”, em face do qual o operador do Direito deve fazer a opção pela “civilização dogmático-interpretativa”, mediante a delegação do processo hermenêutico-interpretativo em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico, que detém o skeptron. (...) a dogmática jurídica coloca o operador do Direito frente ao seguinte dilema: optar entre a barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívicos que (re)clamam sentidos, e o mundo da “segurança hermenêutica”, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à disposição dos súditos. (...) a dogmática jurídica serve como um reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central (Bordieu), a autoridade dos atos jurídicos singulares. (...) é possível afirmar, a partir de Phillipi, que os operadores

---

137 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93.

138 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93.

139 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276-277.

140 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 242.

jurídicos, na medida em que não têm consciência de tais determinações que se vinculam aos seus mitos imutáveis, ficam submetidos à ordem de um significado, a qual restringe, enfim, a “reconstrução” das tramas imaginárias que os capturam a partir de leis que os ultrapassam.<sup>141</sup>

O operador do direito deve ir além da reprodução de sentidos previamente atribuídos. A afirmação interpretativa não deve ser apenas uma afirmação sobre aquilo que outros intérpretes pensam. As práticas sociais são compostas, sem dúvida, por atos individuais – e cada aplicação, cada situação concreta, é única. A concretização do Direito, o momento em que este é trazido para o plano material, é único – como única será a atuação do intérprete. Assim sendo, sentidos são individualizações, não cabendo em gabaritos pré-moldados, ainda que várias hipóteses admitam soluções semelhantes.

Assim, o espaço interpretativo é aberto ao estabelecimento e criação de novos sentidos. O Direito não prescinde da energia criativa, devendo construir novos sentidos. Há a necessidade de uma interpretação construtiva que, em linhas gerais, apresenta-se como uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso.<sup>142</sup>

Este raciocínio, sem sombra de dúvidas, pode ser aplicado ao Direito Penal. O fato de haver restrição à utilização de analogia não implica no engessamento interpretativo ou na réplica irrefletida de antigas soluções. Isso se aplica sempre que o réu ou apenado puder ser beneficiado.

## **2.5. A discricionariedade da jurisdição**

A proposta hermenêutica acima explanada traz à tona o conceito de discricionariedade, amplamente estudado no que diz respeito à função administrativa, porém pouco aprofundada no que diz respeito ao legislativo e ao judiciário.

Inclusive, será do Direito Administrativo que virá a definição inicial de discricionariedade, conforme José dos Santos Carvalho Filho: “é a prerrogativa concedida aos

---

141 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 241-243.

142 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 63-65.

agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.”<sup>143</sup>

No âmbito administrativista, justamente pela impossibilidade do regramento prever todos os aspectos da atuação administrativa, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.<sup>144</sup>

Dentro do antigo paradigma formalista-positivista, não havia sentido referir-se à discricionariedade para além da esfera administrativa. O poder legislativo e o poder judiciário desempenhariam papéis estanques: o poder legislativo cria a lei, o poder judiciário a executa, no exercício do automatismo da subsunção meramente lógico-formal. A atividade jurisdicional limitava-se, ante tal concepção, à reprodução do conteúdo da lei (jurisdição, dizer a lei), não havendo qualquer margem de liberdade.

Entretanto, Hans Kelsen começa a trazer à baila a discricionariedade judicial, ao afirmar que, na relação entre a norma superior e a norma inferior, deve haver margem de interpretação até mesmo para viabilização de sua aplicação:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.<sup>145</sup>

Kelsen prossegue sua exposição, trazendo a distinção entre a discricionariedade legislativa e a judicial – defendida como liberdade de ação nos limites do direito tanto no que diz respeito à atividade legislativa quanto na função jurisdicional. Assim, ainda que ambas as

---

143 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 68.

144 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 293.

145 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364.

atividades estejam circunscritas a parâmetros legais, há margem de liberdade de atuação, havendo apenas diferenciação de grau entre a discricionariedade legislativa e a judicial:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.<sup>146</sup>

Em relação à discricionariedade legislativa, dizer que a Constituição é o parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico é dizer que a existência de limites ao poder legislativo deve ser aceita; limites estabelecidos por normas constitucionais, para que a atividade legislativa não possa mais ser considerada como completamente soberana. Dito em outras palavras: a Constituição dá o limite da atividade legislativa, que é livre dentro destes parâmetros.

Quanto à discricionariedade judicial, representará, por um lado, a liberdade que um órgão jurídico tem na tomada de decisões para escolher entre diferentes opções; e, por outro lado, que essa liberdade não é absoluta, mas sim delimitada por uma estrutura normativa<sup>147</sup>.

Há diferença entre a discricionariedade administrativa e a judicial. Enquanto a primeira baliza-se pelo juízo de conveniência e oportunidade para adequar-se à situação completa de aplicação da norma, a segunda parte de uma liberdade interpretativa para a busca da melhor solução no caso concreto.

A amplitude da discricionariedade judicial não é admissível no plano administrativo, pois, se assim o fosse, praticamente toda a aplicação normativa efetuada por órgãos da Administração daria ensejo ao uso do poder discricionário, o que é inaceitável ante os princípios do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o juiz, mesmo no que diz respeito aos casos difíceis, deve sempre buscar a solução mais satisfatória à paz e à ordem sociais, em correlação com as diretivas éticas da sociedade em que vive, ao contrário do administrador, voltado, diretamente, à consecução de objetivos materiais, ordenados em consonância com os planos de governo<sup>148</sup>.

A partir de Kelsen, a discussão jusfilosófica sobre a discricionariedade centrou-se durante muito tempo quase exclusivamente no âmbito judicial. Desse modo, uma das

---

146 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 368.

147 LIFANTE VIDAL, Isabel. "Dos conceptos de discrecionalidad juridica." In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 25. 2002, p. 413-439.

148 RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª Edição. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 127.

características fundamentais que são levadas em conta para caracterizar e classificar as diferentes teorias do Direito é justamente sua posição sobre a existência ou não da discricionariedade judicial. Há teorias radicais, como a dos realistas, para quem os juízes gozam de discricionariedade em todos os casos (sendo eles os verdadeiros criadores do Direito); há posições moderadas, como a de Hart, segundo as quais os juízes teriam discricionariedade apenas nos casos difíceis; e há, ainda, posições absolutistas segundo as quais os juízes não gozariam de discricionariedade em nenhum caso – ou praticamente nenhum – cujo exemplo mais pungente seria a teoria de Dworkin com sua tese da única resposta correta.<sup>149</sup>

A discricionariedade judicial relaciona-se intimamente com o exercício da interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta.<sup>150</sup> Pode-se dizer mais: a discricionariedade jurídica deve ser vista como um fenômeno central e necessário para levar a cabo uma das funções essenciais dos direitos contemporâneos: a de promover ativamente certos fins e valores.<sup>151</sup>

Entretanto, ainda que haja maior liberdade no alcance da discricionariedade jurídica do que há em sua contraparte administrativa ou legislativa, cabe ressaltar que esta também está sujeita a controle, ainda que este seja exercido pelo próprio Poder Judiciário, como a revisão promovida pela instância superior da decisão tomada pela instância inferior. O fato de haver maior margem não implica e nem pode implicar na liberdade total de tomada de decisões por parte do intérprete.

De acordo com Elival Ramos:

A discricionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. Percebe-se, destarte, a importância de construções doutrinárias que permitem indicar os limites normativos da discricionariedade judicial, trabalho esse que, se consistente, poderá resultar eficaz, mercê de estrutura plural do Poder Judiciário e das características do seu modo de atuar (devido processo legal), favoráveis à prevalência da racionalidade jurídica.<sup>152</sup>

A discricionariedade só existirá nos espaços por ela delimitados – o que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, são os limites trazidos pela Constituição. Caso

---

149 LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad juridica.” In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 25. 2002, p. 413-439.

150 RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª Edição. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 128.

151 LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad juridica.” In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 25. 2002, p. 413-439.

152 RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª Edição. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 128.

haja a ultrapassagem destes limites, não haverá discricionariedade, mas sim arbitrariedade – o que é completamente avesso ao papel do intérprete do Direito. Cabe, então, ao ordenamento jurídico, a busca de uma resposta para que esses limites tornem-se claros.

### 3 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA ERA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

#### 3.1. A judicialização da política

O primeiro passo para a análise de qual o papel do operador do direito quanto aos dilemas trazidos pela crise do sistema carcerário deverá partir da análise de um fenômeno do Estado contemporâneo: a judicialização da política – ou seja, o recurso cada vez maior ao Poder Judiciário para o enfrentamento de questões de políticas públicas e de controvérsias políticas.<sup>153</sup>

Trata-se de uma decorrência do processo de descrédito das instituições políticas, uma vez que há percepção social de que a via representativa já não seria a responsável pela resolução das controvérsias, mas sim a via judicial. Há, então, o apelo cada vez maior ao Poder Judiciário para que se manifeste sobre temas eminentemente políticos.

Pode-se falar em três esferas de judicialização da política. A primeira delas refere-se à judicialização das relações sociais, em um aspecto mais genérico de fortalecimento do Poder Judiciário. A segunda, mais concreta, diz respeito à expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial da separação de poderes, envolvendo comumente liberdades civis clássicas – no sentido de expandir e reforçar as fronteiras da proteção constitucional à esfera individual.<sup>154</sup> Tal esfera abarcaria tanto as decisões advindas de demandas individuais quanto a promoção de justiça processual por meio do controle judicial de atos administrativos.

Haveria ainda uma terceira esfera de judicialização da política, que seria o emprego dos tribunais e juízes para lidar com o que Hirschl denomina “megapolítica”<sup>155</sup>: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

De acordo com Hirschl, as consequências desse tipo de judicialização da política assim operariam:

O resultado tem sido a transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas. Em outra oportunidade, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia. Não se

153 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

154 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

155 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

pode enfatizar demais a profundidade dessa transição. Enquanto a supervisão judicial dos aspectos procedimentais do processo democrático — monitoramento de procedimentos e regulamentações eleitorais, por exemplo — se enquadra na competência da maioria das cortes constitucionais, questões como a legitimidade de um regime político, a identidade coletiva de uma nação, ou o enfrentamento de um passado do qual a comunidade não se orgulha refletem dilemas que são primordialmente morais e políticos — e não jurídicos. Como tais, eles devem — ao menos por questão de princípio — ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsabilizáveis. Julgar tais questões é um exercício inerente e substancialmente político, muito além da aplicação de dispositivos sobre direitos fundamentais e devido processo legal a questões de políticas públicas. Judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo. São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais escassas ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Isso ocorre porque não está nada claro o que tornaria os tribunais o fórum mais apropriado para resolver esses dilemas puramente políticos. A diferença entre a segunda e a terceira face da judicialização é sutil, mas importante. Encontra-se, em parte, na distinção qualitativa entre questões primariamente de justiça processual, de um lado, e dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentadas por toda a nação, de outro. Em outras palavras, parece haver uma diferença entre a importância política da judicialização da elaboração de políticas públicas e a importância política da judicialização da megapolítica<sup>156</sup>.

Em outras palavras: o crescente envolvimento do Poder Judiciário em questões políticas de repercussão geral representa o enfrentamento de questões de ordem política, o que implica em uma série de consequências e riscos – pode-se vislumbrar, a título de exemplo, como ameaça à democracia, uma vez que tais decisões não são tomadas por representantes populares eleitos, mas por órgãos colegiados compostos por julgadores indicados pelos mais variados critérios para aquela função.

Cumprido ressaltar que a judicialização da política é uma consequência da forma do Estado contemporâneo – e, ao menos no atual contexto histórico, inevitável. Passa-se, portanto, à análise de como tal fenômeno se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro.

### *3.1.1. A concepção contemporânea de separação dos Poderes*

A judicialização da política tem como consequência primária ao abrandamento das fronteiras de separação dos poderes, vez que a interferência do Poder Judiciário na ação do Executivo e do Legislativo será ampli(fic)ada.

---

156 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

A teoria da separação dos poderes é uma das mais clássicas da teoria política. Sua formação moderna tomou a forma mais influente a partir de Montesquieu, ao propor o sistema dos freios e contrapesos. Assim, o Poder estatal estaria dividido em três – Executivo, Legislativo e Judiciário – cada um deles responsável pelo exercício de sua atividade típica.

Tal divisão origina-se de uma ruptura com o modelo de Estado absolutista proposto pelo Estado liberal e tem, como um de seus objetivos primários, evitar a concentração de todos os poderes estatais. Não será responsabilidade de uma única pessoa a produção de leis que ela mesma julga enquanto comanda a Administração – o que representaria exatamente a visão de Estado que se visava, à época, substituir.

A ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, principalmente por se tratar de momento histórico na qual a ruptura com tal concentração de poder fazia-se necessária. A partir de tal origem, nota-se que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrarias, pondo em risco a liberdade. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder.<sup>157</sup>

Hão de ser levados em consideração os fins pretendidos pela delimitação de poderes, conforme proposta por Montesquieu no século XIX, no contexto da substituição de um Estado absolutista pelo Estado liberal. Conforme Maria Helena Diniz:

A teoria da separação de poderes de Montesquieu, construída como um claro acordo anti-hierarquizante, protegendo os indivíduos contra a tirania do poder, não só originou a concepção do Poder Judiciário com caracteres próprios e autônomos, que passou sob o jugo da proeminência da lei (em sentido amplo), criando condições para a neutralização do Judiciário, que no decorrer do século XIX tornou-se a pedra angular dos sistemas políticos mais desenvolvidos, por permitir a substituição da unidade hierárquica concreta *rex*, por uma estrutura complexa de comunicação e seu controle entre forças mutuamente interligadas, mas também veio a garantir uma divisão entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política na administração – aceitável no Legislativo, em parte no Executivo e neutralizada no Judiciário – dentro dos quadros do Estado de Direito. Se o Legislativo e o Judiciário fossem exercidos pela mesma autoridade, a decisão judicial refletiria a vontade desenfreada do órgão judicante, que agiria como se fosse legislador. A separação de poderes é um expediente técnico para limitar os poderes e garantir as liberdades políticas.<sup>158</sup>

Entretanto, deve ser ponderado que a divisão de poderes nos termos propostos por Montesquieu pertence a uma época e contexto específicos: a consolidação do Estado Liberal e a resposta/contraponto ao absolutismo que se pretendia superar. Naquele momento histórico,

---

157 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 304.

158 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3

fazia-se necessário um modelo estanque e definido de freios e contrapesos para a delimitação da ordem social pretendida. À época em que a teoria dos três poderes foi desenvolvida, apenas uma pequena parte das populações tinha a garantia dos seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.<sup>159</sup>

É natural que a separação de Poderes assuma diferentes contornos e organizações ao longo do tempo e em diferentes lugares e contextos históricos e culturais. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era necessário dividir seu exercício para que os direitos e as liberdades dos indivíduos fossem preservados<sup>160</sup>. Entretanto, ainda que fosse pungente a necessidade de evitar a concentração de Poderes e o consequente autoritarismo, o contexto da fundação do Estado liberal já não mais existe, sendo necessário buscar uma significação contemporânea para essa separação.

Sobre o tema, expõe Eduardo Mendonça:

Apesar disso, é preciso ter o cuidado de não teorizar sobre nuvens, denunciando violações a um modelo de democracia e de separação dos Poderes que não mais existe e provavelmente não pode mais existir. Não é necessário ser um defensor do ativismo judicial para chegar a mesma conclusão. Embora não seja um entusiasta da jurisdição constitucional e critique severamente o que identifica como excessos retóricos do Tribunal Constitucional alemão, Habermas reconhece a impossibilidade de aferir a legitimidade das instituições contemporâneas pelos paradigmas jurídicos que se construíram no Estado social e, sobretudo, no Estado liberal<sup>161</sup>

A Constituição Federal traz, em seu artigo 2º, a separação de poderes, nos seguintes termos: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>162</sup>

Entretanto, a leitura contemporânea deste artigo não pode ter em mente a divisão estanque como proposta pelo Estado liberal. Os tempos mudam e, com eles, a própria configuração do Estado – que hoje se depara com necessidades, prerrogativas e dilemas impensáveis no século XVIII.

O que o núcleo do princípio determina, em síntese, é uma divisão das funções legislativa, executiva e jurisdicional entre órgãos diversos, mantendo, portanto, a divisão de poderes necessária para evitar sua concentração. Não se trata da imposição de uma murada

159 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.

160 BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 311.

161 MENDONÇA, Eduardo. “A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo.” In: *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. n. 18. Rio de Janeiro, 2010.

162 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em janeiro de 2020.

estanque entre os Poderes, mas sim de especialização funcional, sem prejuízo da existência de espaços de intersecção, que atendem às finalidades de garantir a autonomia de cada um dos Poderes, evitando que a atividade de um fique na dependência da atuação dos demais e de funcionar como mecanismo de controle recíproco<sup>163</sup>.

Há, portanto, espaço de trânsito entre os Poderes, sem que signifique a violação da cláusula constitucional de separação ou seu esvaziamento. Evidentemente, tais considerações não implicam que a divisão entre os poderes deixou de existir, apenas que a possibilidade de compartilhamento de atribuições torna mais branda essa relação.

De acordo com Ana Paula Barcellos:

A separação de poderes é, a rigor, um princípio, de modo que pode ser descrita como tendo um núcleo de sentido e uma área não nuclear, que admite desenvolvimentos diversos. Na realidade, se os tribunais, na sua atividade cotidiana de interpretação da Constituição, se veem na contingência de efetuar ponderações envolvendo o princípio da separação de Poderes – reconhecendo que não se trata da imposição de um figurino inflexível – não seria legítimo impedir categoricamente que o poder constituinte derivado faça o mesmo. Inconcebível seria negar a mesma possibilidade aos mecanismos institucionais de reforma enfeixados no poder constituinte derivado, sob pena de grave esvaziamento do princípio democrático. Assim, a cláusula pétrea que resguarda o princípio da separação dos Poderes deve ser compreendida como uma proteção ao seu núcleo, cujos contornos foram delineados no começo deste tópico. Não se trata da garantia de determinado arranjo institucional, muito menos da imutabilidade da forma de organização interna de cada um dos Poderes. A violação ou não desse núcleo deve ser aferida diante de cada situação concreta, sem reducionismos ou mistificações.<sup>164</sup>

É, inclusive, questionável a utilização do termo separação de poderes, uma vez que esta já não se reflete nas práticas do Estado contemporâneo e pode, inclusive, conduzir à conclusões equivocadas. Seria preferível a utilização de terminologias como colaboração de poderes (ante uma realidade parlamentarista) ou independência orgânica e harmonia dos poderes (no presidencialismo)<sup>165</sup>. Lênio Streck e José Luiz Bolzan justificam a adoção desses termos da seguinte maneira:

Atualmente, seria preferível falarmos em colaboração de poderes, particularmente no âmbito do parlamentarismo e de independência orgânica e harmonia dos poderes, quando do presidencialismo, embora mesmo isso sofra os influxos da organização sociopolítico-econômica atual, podendo-se melhor falar em exercício preponderante de certas atribuições por determinados órgãos do poder público estatal ou, como é o caso das funções executiva e jurisdicional no campo da aplicação do direito ao caso concreto, onde o que diferencia é a maior ou menor eficácia conclusiva do ato praticado ou da decisão.<sup>166</sup>

163 BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 322.

164 BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 322-323.

165 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª Edição.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 153.

166 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª Edição.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 153.

A questão da Execução Penal é um excelente exemplo quanto ao ponto. Há colaboração entre o Poder Judiciário e a Administração para que esta aconteça – uma vez que possui caráter jurisdicional, mas ocorrerá de fato no interior de estabelecimentos mantidos e sob a gestão da Administração – havendo interseccionalidade entre a ação dos Poderes. Não há razão para que se reconheça uma natureza dúplice ao instituto – o fato da Execução Penal possuir natureza jurisdicional em nada prejudica ou opõe a natureza estreita entre o Poder Judiciário e a Administração para a execução de penas.

Assim, em resumo, no contexto do Estado contemporâneo há maior maleabilidade na relação havida entre os Poderes, o que não significa que tenham perdido sua função típica. Há maior intercâmbio e pontos de contato estabelecidos, o que não implica em descaracterização das funções de cada um dos Poderes, tampouco em invasão de competência.

### 3.1.2. O papel da Constituição

Este processo de abrandamento das barreiras entre os Poderes relaciona-se às mudanças sofridas pelo conceito de Estado, especialmente no período pós-guerra do século XX. Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.<sup>167</sup>

Tal quadro é alterado pelas Constituições europeias promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial: não são mais cartas procedimentais, mas sim documentos repletos de normas de elevado teor axiológico e que se estendem por temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como economia, relações de trabalho e família.<sup>168</sup>

---

167 SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.” In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-114.

168 SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.” In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-114.

Trata-se do período histórico de transição de um Estado liberal para um Estado social, para além da reação contra os regimes totalitários ora depostos. Dois processos, então, acabam por se fundir: a atribuição à Constituição daquelas matérias ora deixadas de lado por um Estado liberal combalido e também a observância de direitos fundamentais tão violados durante o período de conflito.

Há, portanto, a opção pelo Estado Democrático de Direito. Lênio Streck e José Luiz Bolzan apresentam o seguinte conceito para defini-lo:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.<sup>169</sup>

A opção pelo Estado Democrático de Direito encontra-se impressa na Constituição de 1988. O Brasil saía de uma ditadura civil-militar e passava por um processo de redemocratização, sendo o texto constitucional o repositório não apenas dos princípios que deveriam dirigir a República dali adiante, mas não apenas de forma informativa ou programática – passou a ser ela mesma norma passível de aplicação. E, assim o sendo, há o realce do papel do Judiciário em garantir a observância das normas ali instituídas.

Conforme Carmen Lúcia Antunes Rocha:

No Estado constitucional, a jurisdição é que dá segurança a todos os direitos, especialmente aqueles que são considerados fundamentais e que, portanto, se ameaçados ou lesados, dependem da atuação do Poder Judiciário para o seu pronto restabelecimento. De que adiantaria o rol dos direitos declarados fundamentais pela Constituição e garantida a sua inviolabilidade no sistema se, violados, não fossem eles restabelecidos por um poder competente e independente? Quais os efeitos da dicção constitucional garantidora de direitos, se nasce da convivência sócio-política a possibilidade, sempre presente, de haver o seu desrespeito? A ideia de justiça se oferece ao aperfeiçoamento concreto em casos postos à solução do Estado quando e onde haja um sistema jurídico e uma estrutura política institucionalizada segundo um modelo que assegure a plena eficácia dos seus ditames, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais reconhecidos.<sup>170</sup>

A quebra de paradigma proporcionada pela promulgação da nova Constituição, em oposição a um ordenamento jurídico de tradições privatistas ora questionadas, traz em si a necessidade de adequação da ordem jurídica, seja por parte dos doutrinadores, seja por parte

---

169 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª Edição.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63.

170 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “A reforma do Poder Judiciário.” In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 137, p. 239-254, jan./mar. 1998.

dos operadores jurídicos. Ainda que a Constituição de 1998 tenha completado recentemente três décadas, há ainda várias questões operacionais pendentes de resposta no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1.3. Neoconstitucionalismo?

“Neoconstitucionalismo” é uma expressão que vem atrelada à mudança de papéis estabelecida pelo constitucionalismo pós-guerra. Trata-se de uma expressão cunhada pela doutrina espanhola e que, em sua utilização pátria, é um “termo guarda-chuva” que abriga várias tendências, algumas conflitantes entre si.

Há uma diversidade tão grande de conceitos abarcados pelo mesmo título que não há nem mesmo uma definição simples do conceito. Para Daniel Sarmento,

Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.<sup>171</sup>

Justamente pelos vários conceitos, contextos, linhas de pensamento e de correntes unidos sob uma mesma nomenclatura, o termo é controverso. De acordo com Lênio Streck afirma que:

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do nomen juris “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Explicando melhor: em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa ibérica. Isso porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa, já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*. (...) [Todavia] é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-

---

171 SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.” In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-114.

se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o Direito justo.<sup>172</sup>

Portanto, na falta de um denominador comum, o movimento de centralização da Constituição e reconhecimento de sua força normativa, assim como o novo papel dado ao Poder Judiciário em atuação política, não será nomeado<sup>173</sup>. Basta, para os objetivos aqui propostos, reiterar a primazia constitucional no ordenamento jurídico.

### 3.2. Ativismo judicial

As características do Estado contemporâneo, o papel normativo da Constituição e a ampliação da atuação do Poder Judiciário trazem à baila o tema polêmico na doutrina, contando com entusiastas e críticos ferrenhos e cuja possibilidade, aplicabilidade e dimensão ainda são objetos de definição: o ativismo judicial.

O ativismo judicial é uma figura que surge no contexto do ordenamento jurídico norte-americano, cuja formação data de mais de dois séculos e que compõe um sistema jurídico de tradição diversa do modelo brasileiro: o sistema de *common law*, baseado em precedentes e no qual a figura do julgador possui mais protagonismo do que no sistema brasileiro.

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, no ano de 1947, através da matéria publicada na revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. Neste artigo, Schlesinger chamou de ativistas (*judicial activists*) aqueles juízes cuja atuação revelava-se comprometida com a realização de políticas de bem-estar (Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge). Por outro lado, nomeou de "campeões do auto-comedimento" os juízes Felix Franfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson, que entendiam que os objetivos sociais não deveriam apenas ser alcançados pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes. Em que pese a expressão ativismo judicial tenha pela primeira vez aparecido a partir do que foi referido acima, as discussões sobre os limites da atuação jurisdicional são de longa data na história do constitucionalismo norte-americano, antes mesmo do aparecimento desta expressão, especialmente porque esta tradição passou por um longo período quando se questionava, inclusive, a legitimidade do controle de constitucionalidade<sup>174</sup>.

---

172 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

173 O termo “pós-positivismo” é tão problemático quanto, entretanto tal discussão não será realizada no presente momento.

174 TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012, p. 52.

Em suas origens, o ativismo judicial norte-americano possuía natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).<sup>175</sup>

O ativismo judicial possui estreita ligação com o pragmatismo jurídico, compreendido como um conceito de Direito puramente instrumental, derivado do realismo jurídico, transitando pela ideia de que quaisquer proposições sejam julgadas pela sua conformidade com necessidades humanas e sociais, sendo, portanto, mais uma teoria sobre a atividade judicial do que sobre o Direito *per se*. A melhor decisão para um juiz pragmatista seria aquela que melhor corresponda às necessidades humanas e sociais.<sup>176</sup>

### 3.2.1. O juiz ativista

A definição mais primária de ativismo judicial seria a do juiz que sai da passividade e atua ativamente na concretização do (que entende por) Direito. Conforme a definição de Luiz Roberto Barroso,

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a

175 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: *(Syn)thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2012.

176 POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo.” In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p. 121-143.

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>177</sup>

Ou seja, trata-se da ampliação do escopo da jurisdição para abarcar, também, questões de políticas públicas não concretizadas. Surge então a primeira questão: ainda que a decisão judicial esteja sujeita à revisão por uma corte superior, qual o limite da interferência permitida ao juiz? Qual seria o limite da discricionariedade judicial?

Thamy Pogrebinski oferece a seguinte definição de juiz ativista:

[...]consideraremos ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.<sup>178</sup>

Tais condições não são cumulativas: observando-se uma delas no caso concreto, será verificado o ativismo. Trata-se, portanto, de um passo além da ampliação do Poder Judiciário e no aumento de seu raio de atuação.

E de quais formas um juiz pode ter a postura ativista? William Marshall enumera sete tipos de ativismo judicial:

- 1) *ativismo contramajoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos;
- 2) *ativismo não originalista*: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;
- 3) *ativismo de precedentes*: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos;
- 4) *ativismo jurisdicional*: quando os tribunais não obedecem aos limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
- 5) *ativismo criativo*: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional;
- 6) *ativismo remediador*: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas;
- 7) *ativismo partisan*: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.<sup>179</sup>

Portanto, haverá uma série de condutas, que não se limitam aos sete tipos exemplificativamente expostos acima, pelas quais o juiz poderá exercer seu ativismo.

### 3.2.2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial

177 BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” In: *(Syn)thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2012.

178 POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo*. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p. 121-143.

179 MARSHALL, William P. *apud* TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Org.: STRECK, Lênio Luiz e FERRAJOLI, Luigi. São Paulo, Martins Fontes, 2012, p. 111.

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos que surgem de um contexto bastante semelhante – o da ampliação do Poder Judiciário e da primazia constitucional – mas que não se confundem, tampouco existe relação de causa e consequência entre eles.

Para Luiz Roberto Barroso,

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>180</sup>

Interessante notar que, ao fazer tal diferenciação conceitual, o autor afirma que o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição. Neste ponto, discorda-se.

Ora, interpretação constitucional e ativismo judicial são conceitos essencialmente distintos. Interpretar a Constituição implica a obediência aos seus princípios e à observância aos seus limites. Por sua vez, o ativismo judicial amplia o raio de ação do juiz – trata-se de abraçar por completo o caráter de agente político, sem que tenha sido eleito democraticamente para tanto. O risco da travessia do limiar entre a discricionariedade e a arbitrariedade está presente na postura ativista – bem como a de usurpação de competências e atribuições.

Pogrebinschi traduz a diferenciação conceitual entre ativismo e discricionariedade judicial:

É preciso ainda distinguir o ativismo de um outro conceito, a discricionariedade judicial. (...) o ativismo pode manifestar-se em qualquer caso concreto, esteja ou não o juiz diante das normas jurídicas aplicáveis a ele. Já a discricionariedade manifesta-se apenas quando o juiz admite a inexistência de uma norma aplicável ao caso em decisão. Ao usar ativamente seu poder judicial, o juiz apela sempre para razões públicas. O juiz discricionário, por seu turno, recorre a razões privadas. Por fim, o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como agente político. O mesmo não é válido para o uso discricionário do poder judicial.<sup>181</sup>

180 BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” In: *(Syn)thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2012.

181 POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo.” In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p. 121-143.

Por fim, Hirschl traz uma diferenciação sintética entre os conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial:

Às vezes, a judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação.<sup>182</sup>

### 3.2.3. Críticas ao ativismo judicial

Algumas críticas são feitas ao ativismo judicial, baseadas, em resumo, na ingerência do juiz e no risco de que seus valores pessoais – e não aqueles consagrados pelo ordenamento jurídico – sejam levados em consideração na hora de prolatar decisões.

Conforme Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretatio envolve a moral política, e o faz de maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.<sup>183</sup>

Lênio Streck segue por caminho semelhante:

O judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*. Igualmente não se pode apostar em uma ‘república de juízes’. Tem -se que ter em mente entretanto, a relevante circunstância de que, se o processo constituinte optou-se por um Estado Intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc, dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programas da Lei Maior não estão sendo implementadas. por isso, na falta de políticas

182 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

183 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.<sup>184</sup>

Ambas as críticas possuem um denominador comum: o ativismo judicial opõe-se frontalmente ao Direito caso este seja entendido como conjunto interpretativo, balizado pelos princípios constitucionais. A concepção de Direito para ambos os autores se calca na interpretação – e, neste ponto, enfatiza-se que hermenêutica é rica em recursos e possibilidades interpretativas que não implicam em ativismo ou na exacerbação das funções do Poder Judiciário.

Ademais, os valores do ordenamento jurídico não necessariamente coincidirão com os valores do intérprete – e, ainda que seja impossível afastar-se por completo das próprias visões de mundo e valores, não é esta a função do juiz. Os valores relevantes a serem preservados e observados são aqueles do ordenamento jurídico, especialmente os expressos pela Constituição, não o julgamento pessoal em relação à norma.

Este talvez seja a maior crítica ao pragmatismo jurídico e à instrumentalização do Direito: *quais fins* se deseja concretizar através do Direito? Os princípios constitucionais? Os valores e fundamentos de determinado grupo social ou político? Os interesses pessoais do intérprete em questão?

Este é o grande perigo do ativismo judicial. Entende-se a postura moderada da defesa do ativismo caso este signifique a ampliação de direitos e a concretização da Constituição<sup>185</sup> – inclusive, é de maneira progressista que o ativismo judicial usualmente opera no Brasil<sup>186</sup>. Entretanto, valores mudam, grupos de poder também e, sob a escusa da realização do bem comum, atrocidades podem ser cometidas.

Por fim, deve ser ressaltado um equívoco terminológico. O que muitas vezes é chamado de ativismo judicial no Brasil é, na verdade, a judicialização da política, ou mesmo a

184 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 246.

185 É a posição adotada, por exemplo, por Daniel Sarmiento, vide SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.” In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-114, ou mesmo por Luiz Roberto Barroso, vide BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” In: *(Syn)thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2012.

186 Inclusive, no ponto, cabe citar o Movimento do Direito Alternativo, principalmente no que diz ao Direito Penal, no qual os aspectos sociológicos – e o enfrentamento à legislação autoritária existente pré-Constituição de 1988. É evidente que o impacto político de decisões que enfrentam o *status quo*, principalmente no que diz respeito à parcela mais vulnerável da sociedade brasileira, sejam louvadas, devendo a coragem do posicionamento daqueles juízes servir de exemplo a toda a ordem jurídica. Eventualmente, em situações excepcionais, o recurso ao ativismo será a única forma de efetivar o Direito. Mas esta não deve ser a regra ou a primeira opção.

aplicação de direitos constitucionalmente garantidos. Não se trata, portanto, de inovação em políticas públicas ou contestação de decisões de outros Poderes. Trata-se da interpretação e aplicação. Algumas decisões que seguem essa lógica serão analisadas a seguir.

## 4. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL E O ENFRENTAMENTO AO HIPERENCARCERAMENTO: EXEMPLOS

### 4.1. As experiências da vara de execuções penais de porto alegre

A Execução Penal possui caráter jurisdicional, conforme anteriormente explanado, cabendo ao juiz da Execução, portanto, atuação a fim de serem garantidos os direitos dos indivíduos em cumprimento de pena, interferindo, portanto, na atuação da Administração.

Esta situação não se limita à atuação individualizada em cada processo de execução penal. Há, também, a responsabilidade sistêmica conferida pela LEP ao juiz, conforme seu artigo 66:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

[...]

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.<sup>187</sup>

Em uma perspectiva constitucional e democrática, as funções fiscalizatórias, inspecionais e sobretudo interditórias não podem ser consideradas meramente administrativas, vez que entrelaçadas com a relação processual estabelecida quando do início da Execução Penal entre o apenado e o Estado. Assim, não há mais espaço para a permanência da doutrina do *hands off*, por muito tempo utilizada para legitimar o afastamento do Poder Judiciário das questões cotidianas da execução penal, eximindo-o de responsabilidade sobre a proteção direta dos direitos das pessoas presas.<sup>188</sup> Muito menos há lugar para a permanência da teoria das relações especiais de sujeição, que parte do pressuposto de que a Administração Penitenciária é legitimada e apta, por si só, para reger as relações com as pessoas presas, criando zonas impermeáveis à intervenção jurisdicional – principalmente pelo caráter jurisdicional (mesmo que se admita a teoria da natureza mista) da execução penal.

Considerando tais fatos, em 2008 o magistrado Sidinei José Brzuska capitaneou a criação do Juizado da Fiscalização de Presídios, vinculada à Vara de Execuções Penais da Comarca de Porto Alegre, dedicada exclusivamente ao controle de legalidade dos

187 BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em janeiro de 2020.

188 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 139.

estabelecimentos prisionais da região metropolitana de Porto Alegre, enquanto os demais juizados da VEC/POA teriam competência sobre os processos de execução penal individuais<sup>189</sup>.

E, a partir desta atuação próxima da VEC/POA, também inicia sua atuação, dentro do exercício da função jurisdicional, de decisões que enfrentam as questões da superpopulação e das péssimas condições do cárcere – questões essas que, como será explanado adiante, foram reverberadas para muito além da Comarca de Porto Alegre.

#### *4.1.1. O Presídio Central*

O contexto que levou às decisões mistura-se com o próprio conceito do encarceramento no Rio Grande do Sul e a construção do emblemático Presídio Central<sup>190</sup>, inaugurado em 1959. A obra justificou-se, à época, como solução para o problema carcerário estadual. A cidade de Porto Alegre vivia um período de expansão urbana desordenada e a estrutura prisional local estava prestes a entrar em colapso. O projeto contemplava a construção de dois prédios: uma penitenciária e um presídio. Entretanto, o projeto não ocorreu da maneira como idealizada, tendo sido o complexo rebatizado como o Presídio Central.<sup>191</sup>

Entretanto, as promessas de melhorias do sistema prisional não se concretizaram, logo registrando a ocorrência de epidemias devido à aglomeração e, no avançar das décadas, na superlotação e consequentes fugas, rebeliões e toda a sorte de violências, seja a cometida pela população carcerária, seja a violência oriunda da ação ou omissão estatal.

O Poder Judiciário utilizou-se de várias medidas paliativas para tentar desarmar a bomba prestes a explodir, enfrentando, entretanto, o descumprimento sistemático das decisões pela Administração através de interdições, totais e parciais, estabelecimento de teto para o ingresso de novos indivíduos.<sup>192</sup>

Entretanto, a situação continuou a escalar, ao ponto de, no ano de 2013, o Brasil ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados

---

189 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 55-52.

190 Ainda que, atualmente, o Presídio Central tenha sido rebatizado como Cadeia Pública de Porto Alegre, por força do Decreto Estadual nº 53.297/2016, a antiga denominação amalgama e identifica de imediato todas as circunstâncias de crise ali originadas.

191 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 55-56.

192 Não deixa de haver o apelo ao absurdo em decisões que podem ser traduzidas como “estamos superlotados e há presos para muito além da capacidade, mas a superlotação pode ser de apenas tantas-vezes a quantidade projetada”.

Americanos pela reiterada violação de direitos realizada diariamente do Presídio Central. Na ocasião, foram aprovadas uma série de medidas cautelares dentre as quais está a tomada de “ações imediatas para reduzir substancialmente a lotação no interior do PCPA”. No ano seguinte, 2014, o Conselho Nacional de Justiça divulgou relatório concluindo que o presídio “viola de maneira sistemática os direitos e garantias fundamentais das pessoas encarceradas”. Ao final, recomendou o esvaziamento completo do Presídio Central no prazo de seis meses.<sup>193</sup> Até a data de elaboração do presente trabalho, não foi cumprida tal determinação.

Não bastasse a situação do Presídio Central, sua superlotação irradiou-se pelo sistema, atingindo, também, as instituições dedicadas aos regimes semiaberto e aberto. Após a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado prevista no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que previa que os crimes hediondos não permitiam progressão de regime<sup>194</sup>, milhares de presos recolhidos no regime fechado adquiriam o direito à progressão, entretanto, não havia vagas o suficiente para recepcioná-los e, por não haver vagas aptas a recepcioná-los nos regimes mais brandos, permaneceram no regime fechado, intensificando o agravamento da superlotação.

Em 2009, havia 877 indivíduos ilegalmente recolhidos no regime fechado<sup>195</sup> e os reiterados requerimentos ao Superintendente da SUSEPE para que cumprisse as decisões judiciais para removê-los não eram cumpridas devido à incapacidade física para tanto.

Tendo em vista a situação caótica instalada no sistema prisional da região metropolitana de Porto Alegre – pois a situação havida na capital irradiou-se para as demais casas prisionais – o Poder Judiciário foi conclamado a agir para que não fosse perpetuada a reiterada violação de direitos.

#### *4.1.2. A ação do Poder Judiciário*

A resposta encontrada pela VEC/POA foi a de superar a barreira da lotação física dos presídios: se não é possível compelir a Administração a construir novas unidades prisionais, então que outras soluções que não dependessem da ação executiva fossem encontradas.

---

193 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 68.

194 Vide o Habeas Corpus nº 82.959/SP, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

195 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 69.

As soluções encontradas – destacando-se, entre elas, o monitoramento eletrônico e a concessão de prisão domiciliar especial – nascem da ampliação do sentido do artigo 117 da LEP, que possui a seguinte redação:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:  
 I - condenado maior de 70 (setenta) anos;  
 II - condenado acometido de doença grave;  
 III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;  
 IV - condenada gestante.<sup>196</sup>

Ora, de acordo com a interpretação literal-gramatical deste artigo, a prisão domiciliar restringe-se ao regime aberto e poderá ocorrer apenas nas quatro hipóteses apontadas, todas elas envolvendo estados de saúde incompatíveis com a manutenção no sistema prisional.

Mas, ante a realidade da falta de vagas, das reiteradas violações de direitos ocorridas no interior das casas prisionais vinculadas à Comarca de Porto Alegre e da ausência de perspectiva concreta do oferecimento de novas vagas a fim de suprir a demanda, alguma solução deveria ser apontada.

Uma das opções possíveis foi adicionada à Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.258/2010: a utilização do monitoramento eletrônico, cujas hipóteses legais autorizadas encontram-se no artigo 146-B da LEP:

Art. 146-B: O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:  
 I - (vetado)  
 II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;  
 III - (vetado)  
 IV - determinar a prisão domiciliar  
 V - (vetado).<sup>197</sup>

Cabe dizer que o inciso I do referido artigo possuía o seguinte texto: “I - aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes”<sup>198</sup> e foi vetada sob o seguinte fundamento:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no

196 BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em janeiro de 2020.

197 BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em janeiro de 2020.

198 BRASIL. *Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm). Acesso em fevereiro de 2020.

reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.<sup>199</sup>

Ou seja: o projeto de lei originalmente aprovado pelo Congresso Nacional trazia a previsão expressa de cumprimento de pena por meio de monitoramento eletrônico, sob o argumento de que tal decisão aumentaria os custos sem que houvesse eficiência em sua aplicação.<sup>200</sup>

Porém, dentro do contexto de casas prisionais compatíveis com os regimes semiaberto e aberto e da situação caótica havida, logo no ano de 2010, a partir de proposta advinda da própria administração penitenciária<sup>201</sup>, admitiu-se a utilização do monitoramento eletrônico para cumprimento de pena no regime aberto, mediante o cumprimento de determinadas condições.

Da mesma maneira, a prisão domiciliar *sem* monitoramento eletrônico passou a ser utilizada pela inexistência de vagas. Por não se enquadrar aos requisitos legais previstos pelo artigo 117 da LEP, essa modalidade foi nomeada “prisão domiciliar especial”. Há que se observar que o monitoramento eletrônico também era chamado de prisão domiciliar; a diferença, neste caso, é que a prisão domiciliar especial pode ser desacompanhada de monitoração, ficando restrita a algumas condições e à autodisciplina do apenado.<sup>202</sup>

Assim, a ausência de albergues para o cumprimento do regime aberto apresentou solução, com o alívio da demanda por vagas. Entretanto, o regime semiaberto permaneceu imerso no caos<sup>203</sup>, em que as violações a direitos eram sistêmicas.

---

199 BRASIL. *Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010*. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm). Acesso em fevereiro de 2020.

200 A resposta a esse tipo de questionamento (a eficiência do cumprimento da pena em monitoramento eletrônico) só pode ser dada pela ciência, não por ilações ou pelo senso comum. Interessante notar que, após estudo sobre o assunto, ainda que a área de abrangência fosse limitada aos PECs em execução na VEC-POA, pesquisa realizada pela professora Vanessa Chiari Gonçalves entre os anos 2015 e 2016 apontou não ter havido aumento na reincidência nessa modalidade de cumprimento de pena. Pelo contrário: de uma média nacional de reincidência estimada em 24,4% no cumprimento de pena comum, observou-se 6% de reincidência daqueles inseridos no monitoramento eletrônico (GONÇALVES, Vanessa Chiari. “A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre.” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 143/2018, maio/2018). As políticas públicas também devem ser construídas tendo por base o conhecimento técnico-científico, principalmente para que projetos-modelo possam ser analisados e, em caso de resultados positivos, replicados.

201 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 74.

202 KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos* – Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018, p. 77.

203 Aqui, uma vez ser um resumo elucidativo do processo de falência do sistema prisional na Comarca de Porto Alegre – e no Estado do Rio Grande do Sul – segue a íntegra de despacho-padrão para a concessão de prisão domiciliar. Apesar da extensão do conteúdo, por sua relevância, optou-se por disponibilizá-lo integralmente:

A realidade da compra de vagas em casas prisionais, dos presos não vinculados a facções criminosas serem coagidos a evadir do semiaberto para “liberarem a vaga” com a fuga e a morte de apenados. Tais eventos em nada são compatíveis com o Estado Democrático de Direito – pelo contrário, revelam apenas o viés de abandono e extermínio que permeia o sistema penal.

---

“Trata-se de pedido de inclusão ao Programa de Monitoramento Eletrônico de Presos, instituído pelo convênio firmado pelo Poder Judiciário (CGJ) e Executivo (SSP-SUSEPE). O sistema prisional dos regimes semiaberto e aberto, no âmbito da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre, enfrenta crise sem precedentes. Execuções de presos, tráfico de drogas, posse ostensiva de armas de fogo por condenados, telefones celulares circulando livremente, prostituição e ingresso de mulheres na clandestinidade, descontrole sobre a massa carcerária, com detentos afastando-se durante o dia ou noite da casa prisional para cometerem delitos, retornando depois, como se nada tivesse acontecido, servidores penitenciários sendo ameaçados por presos, estão entre os motivos que ensejaram o fechamento, por interdição judicial, do Instituto Penal de Viamão, do Instituto Penal de Charqueadas e da Colônia Penal Agrícola de Venâncio Aires, localizada em Mariante. Fatos semelhantes, somados à falta de manutenção e à corrupção deram causa a interdição do Instituto Penal Padre Pio Buck. Aproximadamente 1.400 (mil e quatrocentas) vagas foram perdidas em razão das interdições mencionadas. A esse quadro, some-se o fato do incêndio ocorrido no Instituto Penal Irmão Miguel Dario, acontecido no ano de 2010, e cujo prédio ainda não foi recuperado, provocando a inutilização de mais de 150 (cento e cinquenta) vagas. Mesmo durante o funcionamento dos estabelecimentos prisionais interditados, já referidos, as vagas disponíveis eram insuficientes para atender os presos dos regimes semiaberto e aberto de Porto Alegre. As casas prisionais que remanescem operando (Patronato Lima Drummond, Instituto Penal de Canoas e Instituto Penal Santos e Medeiros de Gravataí), mais o que restou do Instituto Penal Irmão Miguel Dario, não suportam nem 20% da demanda necessária das VECs da Capital. Por outras palavras, não existe espaço adequado para o cumprimento de penas nos regimes aberto e semiaberto. Durante alguns anos, optou-se por deixar os presos de tais regimes aguardando vaga recolhidos junto com preso do regime fechado, em uma tentativa de salvaguardar os interesses da sociedade no que diz respeito à segurança pública. A medida então adotada, porém, não alcançou os objetivos pretendidos. Ao revés, começou a colocar em risco o próprio regime fechado, que ficou sem espaço para recolher os novos presos oriundos de prisões preventivas, flagrantes e condenações por delitos graves. Além disso, a permanência de presos do regime semiaberto no regime fechado acabou por gerar uma espécie de fila de progressão de regime, a qual somente se movimentava quando aconteciam fugas no regime semiaberto. Consolidou-se a cultura da fuga, pois para um preso progredir de regime, outro necessitava fugir. Apenas para ilustrar, entre os anos de 2010 e 2012, fugiram das casas do semiaberto da região metropolitana 10.590 presos, o que corresponde a mais que o dobro do efetivo do Presídio Central. Compra de vagas no semiaberto (corrupção), mortes de presos no regime fechado, normalmente de detentos pobres e sem qualquer expressão, passaram a acontecer para forçar a progressão para o semiaberto. Desobediência por parte dos condenados, agressões, protestos violentos e motins localizados, também aconteceram durante a permanência irregular de presos do semiaberto junto ao regime fechado. A soltura em massa de presos do regime aberto, em prisão domiciliar, não foi suficiente para abrir espaços aos condenados do semiaberto. Gize-se que a VEC de Porto Alegre expediu mais de 2.000 (duas mil) intimações pessoais ao Superintendente de SUSEPE, alertando para o descumprimento das decisões judiciais, determinando providências para que o problema fosse solucionado. Nem mesmo o pedido de intervenção pessoal do governador do Estado para o enfrentamento da questão, feito pelo Corregedor-Geral de Justiça, por intermédio do Ofício nº 2228/2012-0CGJ/TJRS do Conselho de Execução Penal, surtiu o efeito esperado. Este é o quadro, em apertada síntese, que está no sistema prisional da região metropolitana no que diz respeito aos regimes semiaberto e aberto. Assim, a fim de garantir o cumprimento da pena e resguardar a integridade física do preso, determino excepcionalmente a inclusão do apenado no sistema de monitoramento eletrônico”. “EXECUÇÃO PENAL. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. Decisão que deferiu a inclusão no programa de monitoramento eletrônico, por ausência de vagas e por não apresentarem condições mínimas de segurança e fiscalização os estabelecimentos prisionais. Considerando a superlotação das casas prisionais da Comarca de Porto Alegre, possível a concessão do regime de monitoramento eletrônico ao apenado. AGRADO IMPROVIDO, POR MAIORIA. ” Agravo de Execução n. 70060014479, de relatoria de Genacéia da Silva Alberton, julgado em 2 de setembro de 2014 pela 5ª Câmara Criminal.

Portanto, natural que a interpretação já aplicada à falta de vagas no regime aberto também tivesse incidência na ausência de vagas no semiaberto. Assim, ante a inação sistêmica da Administração, tais medidas, que deveriam ter caráter provisório, tornaram-se a práxis da execução penal local: o atual cumprimento de pena na Comarca de Porto Alegre possui o seguinte padrão: o cumprimento do regime fechado na casa prisional, o cumprimento do regime semiaberto em monitoramento eletrônico e o cumprimento do regime aberto em prisão domiciliar especial.

#### *4.1.3. Uma questão de interpretação*

As decisões exaradas pela Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre podem ser analisadas pelo prisma interpretativo exposto neste trabalho. Não se trata aqui de inovação legislativa por parte do juiz, ou mesmo de invasão da competência da Administração – ora, no contexto do Estado do Rio Grande do Sul, nenhuma das várias medidas determinadas pelo Poder Judiciário havia sido cumprida, nem mesmo aquelas determinadas pela Comissão Internacional de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. O que fazer, portanto, quando as decisões judiciais não são cumpridas?

Cabe ao Poder Judiciário a observância da lei e, no caso da Execução Penal e do dever de fiscalização dos presídios, há um poder de agir para que a garantia da dignidade da pessoa humana seja cumprida. A manutenção de prisões indignas, superlotadas, onde há comercialização de vagas e assassinatos de detentos não participantes de facções criminosas para “liberar suas vagas”, ou seja, o completo descontrole estatal no interior da instituição total (ainda que faça parte de seu projeto a completa desumanização dos ali recolhidos) não encontra amparo constitucional.

Omitir-se, ou buscar soluções vazias (que são reiteradamente descumpridas), é *descumprir* a função jurisdicional – seria uma posição confortável do julgador a de ser provocado a todo momento com situações de violações de direito que se agravam progressivamente e dar soluções que se revelam inócuas.

Dar leitura constitucional a um artigo de lei ordinária é fazer cumprir o disposto constitucionalmente. Não se trata de invasão de competência, seja da Administração, seja do Legislativo, tampouco pode ser definido como ativismo judicial. Trata-se, pura e simplesmente, de fazer valer a Constituição.

#### 4.2. A súmula vinculante<sup>204</sup> 56

As decisões da VEC/POA no enfrentamento da superlotação prisional ultrapassaram os limites do Rio Grande do Sul e, através da sistemática dos recursos repetitivos, alcançou o Supremo Tribunal Federal.

Um desses julgados, o RE 641.320/RS, foi escolhido como paradigma para representar a sistemática do cumprimento de pena em monitoramento eletrônico e em prisão domiciliar especial devido à ausência de vagas.

Em síntese, trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a recurso de apelação interposto por Luciano da Silva Moraes<sup>205</sup> para reduzir a pena condenatória e fixar a prisão domiciliar enquanto não existisse vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto.

Aqui, cabe um aparte sobre o papel do Ministério Público na Execução Penal. Ainda que, no processo de Execução Penal o papel do Ministério Público é o de fiscal da lei, em diversas situações que podem ser observadas na práxis cotidiana, o papel adotado é o de *órgão acusador*.

Se a questão das tornozeleiras eletrônicas entrou no rol de recursos repetitivos dos Tribunais Superiores, deve-se também à interposição massiva de recursos pelo Ministério Público em face das decisões que concediam o monitoramento eletrônico e após diante dos acórdãos que o mantinham (e, por evidente, em várias Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul as decisões de primeiro grau que versavam sobre a prisão domiciliar foram reformadas, com o retorno da pessoa presa para o sistema prisional hiperpopuloso de onde havia saído).

Os fundamentos de alguns destes recursos ministeriais chamam a atenção: alguns dos argumentos utilizados são incoerentes entre si, levando a raciocínios teratológicos;<sup>206</sup> em

---

204 O presente trabalho não tem por objetivo adentrar na discussão doutrinária acerca da criação da categoria de súmulas vinculantes e se elas se compatibilizariam com o ordenamento jurídico pátrio. Uma vez que a referida súmula vinculante foi aprovada e passou a fazer parte do ordenamento jurídico, ela existe para a realidade jurídica e produz efeitos, a serem abordados por este trabalho.

205 Optou-se, nas decisões adiante abordadas, trazer o nome do apenado autor dos recursos. Tal escolha é deliberadamente tomada para demarcar que há um sujeito por trás do processo com direitos violados pelo estado de caos do sistema carcerário. Não se trata de abstrações teóricas surgidas de elucubrações abstratas (ainda que a decisão passe, obviamente, por construções teóricas), mas da decisão tomada a partir de um caso concreto.

206 Conforme levantamento realizado pela professora Vanessa Chiari Gonçalves, “ No RE 641.320/RS, uma das soluções apontadas para a ausência de vagas no regime semiaberto foi justamente a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. No primeiro caso [sob análise], o Ministério Público questionou o fato de um

outros, da tentativa da utilização de princípios e as garantias constitucionais de proteção dos condenados contra o poder punitivo estatal foram utilizados contra os interesses dos próprios condenados ou, em outras palavras, utilizando-se de garantias existentes para a proteção dos condenados de forma que lhes é desfavorável.

Assim, da mesma maneira que deve ser ressaltada os fins da atuação jurisdicional, também devem ser ressaltadas as escolhas feitas quando da atuação ministerial – e que deveriam pautar-se pelo respeito máximo aos direitos e garantias constitucionais.

Em relação ao RE 641.320/RS, as razões do Ministério Público versavam sobre a ausência de vagas no regime semiaberto não ser condição sobre a qual o Judiciário deveria manifestar-se, sendo questão a ser resolvida pela Administração. Ainda, pelo fato do réu não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do artigo 117 da LEP, o acórdão atacado teria desconsiderado a proporcionalidade e a correlação que deve haver entre a conduta do agente e a sanção aplicada, devendo, então, ser reformado.

Foi reconhecida a repercussão geral do julgado, devendo ser analisada a violação dos artigos 1º, III, e 5º, II, XLVI e LXV, ambos da Constituição Federal, de forma que foi levado a Plenário.<sup>207</sup>

Houve acórdão, com julgamento parcialmente procedente do Recurso Extraordinário interposto, conforme a seguinte ementa:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. **Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.** 3. **Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.** São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída**

---

condenado que acabara de progredir do regime fechado ter obtido prisão domiciliar com tornozeira eletrônica. Defendia que condenados mais antigos no regime semiaberto tivessem a preferência. Já no segundo caso, houve justamente a concessão de prisão domiciliar com tornozeira eletrônica para uma condenada que já cumpria pena em regime semiaberto há mais tempo. O argumento foi no sentido de que havia a vaga da própria condenada na casa prisional compatível com o regime semiaberto. Assim, não existe solução possível para o magistrado. Quando ele opta por conceder prisão domiciliar para os condenados que estão há mais tempo cumprindo pena em casa prisional compatível com o regime semiaberto, é questionado. Quando é concedida a prisão domiciliar para quem acaba de progredir do regime fechado, e não há vaga na casa prisional compatível, a decisão também é questionada”. (GONÇALVES, Vanessa Chiari. “A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 143/2018, maio/2018).

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>. Acesso em 04/11/2017>.

**antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.** 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. **Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto**<sup>208, 209</sup>

Este acórdão é um exemplo prático do que é e no que implica a judicialização da política: o Judiciário chama à Administração a cumprir o que deveria ser seu papel desde início,

208 Grifos nossos.

209 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min Gilmar Mendes. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em 04/11/2017.

o fornecimento de vagas em casas prisionais, e, enquanto tal obrigação não é cumprida, busca uma maneira de fazer valer os princípios constitucionais.

Ademais, utilizando da metáfora do romance em cadeia, fica evidenciada a responsabilidade de cada intérprete em escrever um capítulo do livro que será o ordenamento jurídico. A interpretação extensiva do artigo 117 da LEP a fim de abarcar hipóteses outras de prisão domiciliar surgiu de um contexto local e de decisões de juízes de primeiro grau, tendo gerado repercussão geral e aplicação em todo o território nacional.

Inclusive, o julgamento do RE nº 641.320/RS gerou a edição da Súmula Vinculante 56, que possui o seguinte conteúdo:

Súmula Vinculante 56: **A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso**<sup>210</sup>, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.<sup>211</sup>.

Trata-se, portanto, de súmula vinculante, que tem por característica, ao contrário das súmulas ordinárias, que seriam meio de informação e direcionamento relativamente às principais orientações dos Tribunais Superiores sobre as questões mais frequentes que lhes eram apresentadas recorrentemente para julgamento<sup>212</sup>, a característica de possuírem força vinculante, sendo de observância obrigatória pela Justiça e pela Administração.

Isso significa dizer que é de observância obrigatória pelo Judiciário e pela Administração de todos os níveis de que a ausência de vagas não é razão para que o apenado aguarde em regime mais gravoso – bem como chancelou a leitura constitucional do artigo 117 da LEP como feita pela VEC da Comarca de Porto Alegre.

### 4.3. O *habeas corpus* nº 118.533/MS

Ao contrário da discussão anteriormente realizada, apresenta-se, em contraponto, decisão que, apesar de não ter sido tomada no rito da repercussão geral, demonstra a judicialização da política atuando de forma indireta – em que uma nova interpretação, em consonância com os princípios constitucionais, fundamenta-se, em sentido metajurídico, no hiperencarceramento, quando vinculado a uma das realidades mais comuns do sistema prisional: o tráfico de drogas.

---

210 Grifos nossos.

211 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 56*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 04/11/2017.

212 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1237.

Trata-se de decisão em *habeas corpus* que representa ruptura com o modelo jurisprudencial anterior a fim de trazer uma leitura mais benéfica no que diz respeito ao sentenciamento do tráfico, quando incidente a minorante prevista pelo §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, interpretação esta que, ainda que não sujeita à observância obrigatória, traduz um novo sentido a todo o ordenamento jurídico.

O *habeas corpus* nº 118.533/MS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, possui a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.<sup>213</sup>

#### 4.3.1. O papel do tráfico de entorpecentes no hiperencarceramento

A questão do tráfico de entorpecentes é um dos exemplos onde a distinção entre os objetivos declarados e ocultos do Direito Penal se revela de maneira clara. Se, por um lado, aponta-se por argumentos de natureza sanitária e de segurança pública, por outro revelam-se de forma pulsante como justificativa para a criminalização da pobreza e o extermínio de grupos sociais.

Assim, sob a bandeira da “guerra às drogas”, para além do elevado número de vidas perdidas, principalmente de homens negros e jovens<sup>214</sup>, e considerando o caráter mais severo das penalizações previstas pela Lei nº 11.343/2006, verifica-se que grande parcela do encarceramento brasileiro possui relação com o tráfico de entorpecentes.

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016, 26% dos homens e 63% das mulheres presos no Brasil, naquele ano,

213 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118.533/MS – Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Carmen Lúcia. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>>. Acesso em 04/11/2017.

214 BRASIL. IPEA. *Mapa da Violência* – 2019. Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em janeiro de 2020.

cumpriam pena por tráfico de entorpecentes<sup>215</sup>, o que faz agravar e intensificar o problema da ausência de vagas.

#### 4.3.2. “Tráfico privilegiado”

Existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um artigo relativo ao “tráfico de drogas” – ainda que este traga dezessete núcleos que abarcam hipóteses diversas e não especificamente identificáveis como hipóteses de comércio ilegal, que acabam por receber os rígidos efeitos penais, processuais e punitivos do tráfico de entorpecentes.<sup>216</sup> Trata-se do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que possui o seguinte conteúdo:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.<sup>217</sup>

215 Para além dos presos provisórios não incluídos no cálculo.

216 CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 303

217 BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em fevereiro de 2020.

Não há, portanto, diferenciação de reprovabilidade entre as condutas elencadas pelo artigo. Quem esconde um “tijolo” de substância entorpecente no fundo falso de um armário está incluído no mesmo tipo penal de quem efetivamente realiza o comércio de uma tonelada da mesma substância. Não há nem mesmo *proporcionalidade* no dispositivo legal, uma vez que uma série de condutas distintas cairão na mesma vala comum e serão julgadas da mesma forma.

Há, no entanto, uma possibilidade de modulação na reprovabilidade das condutas previstas no caput e no parágrafo primeiro do referido artigo: a presença daquelas condições pessoais elencadas pelo parágrafo quarto do artigo 33, qual sejam: a primariedade, a presença de bons antecedentes e a não-dedicação às atividades criminosas ou a organização criminosa.

O artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 possui a alcunha doutrinária e jurisprudencial de “tráfico privilegiado”, ainda que, tecnicamente, não se trate de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade, prevendo apenas a diminuição de pena<sup>218</sup>. Entretanto, ainda que não corresponda a tipo penal autônomo, representa abrandamento dos delitos previstos no caput e parágrafo primeiro do referido artigo, demonstrando que o juízo de reprovabilidade, presentes tais circunstâncias pessoais, seria distinto.

Há, ainda, outra questão sobre o juízo de reprovabilidade das condutas elencadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06: a equiparação constitucional do tráfico de drogas a crime hediondo.<sup>219</sup> Assim, sobre este delito aplica-se o disposto pela Lei nº 8.072/90.

A equiparação do “tráfico de drogas” a delito hediondo já é problemática por si só<sup>220</sup> e possui algumas consequências práticas: não se trata de crime passível de anistia, graça

---

218 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Penal Especial Comentada*. 4ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 749.

219 Art. 5º (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem

220 De acordo com Salo de Carvalho, “como visto anteriormente, em face da pluralidade de verbos nucleares do tipo do art. 33 da nova Lei de Entorpecentes, nem todas as condutas previstas podem ser classificadas como tráfico ilícito de entorpecentes. O problema de análise proposto é idêntico ao que ocorrera quando da vigência do art. 12 da lei revogada, e naquela ocasião alertava Alberto Silva Franco: ‘Em face da Lei 6.368/76, não se pode fugir à consideração de que inexistente, no direito penal brasileiro, figura típica que atenda pelo nomen iuris de tráfico ilícito de entorpecentes’. Fundamental, portanto, estabelecer os critérios de classificação das condutas passíveis da adjetivação tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (terminologia constitucional), realizando processo de clausura do tipo penal do art. 33 da Lei 11.343/06. A finalidade é minimizar a extensão dos efeitos derivados da norma constitucional e do legado que a Lei dos Crimes Hediondos presentifica na nova Lei de Drogas. (...) A quantidade assustadora de hipóteses previstas como delito no art. 33 da Lei de Drogas demonstra a necessidade de se restringir a incidência da valoração como crime hediondo, pois nem todas as ações descritas nos referidos artigos podem ser subsumidas à categoria tráfico de entorpecentes. A chave interpretativa que melhor possibilita a constrição do horizonte de punitividade é aquela que qualifica como tráfico apenas os comportamentos cuja natureza identifica ato comercial, basicamente os de importação, exportação, venda e exposição à venda de substâncias entorpecentes. Todos os demais, inclusive aqueles

ou indulto e os prazos para progressão de regime e livramento condicional mais extensos do que os dos crimes comuns.<sup>221</sup> A consequência lógica é a de que uma pessoa condenada pelas condutas contidas no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 permanecerá mais tempo encarcerada – e, portanto, mais tempo ingressa no sistema prisional.

Entretanto, se a conduta prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 prevê hipóteses nas quais haverá abrandamento de pena, havendo, inclusive, o reconhecimento judicial da possibilidade de cominação de pena restritiva de direitos<sup>222</sup>, também se trataria de um delito hediondo?

Conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a resposta era positiva. Entretanto, tal questão foi novamente enfrentada pelo STF no julgamento do *habeas corpus* nº 118.533/MS.

#### 4.3.3. O julgamento do *habeas corpus* nº 118.533/MS

Não há que se falar em invasão de competência ou negativa do princípio da legalidade. Pelo contrário: o princípio da legalidade é o fio condutor desta decisão.

Ao contrário da decisão anteriormente explorada, optou-se quanto ao ponto por destacar alguns trechos de votos, principalmente a fim de se evidenciar os tons políticos da decisão e o que foi visado por esta.

##### 4.3.3.1. Debates sobre o *habeas corpus*

Em resumo do relatório contido no acórdão do referido *writ*, tem-se que se tratou de *habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega, tendo como objeto o Recurso Especial n. 1.297.936, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

---

relacionados à produção, não se compatibilizam com a noção constitucional de tráfico de drogas, estando blindados pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90”. (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 343-346).

<sup>221</sup> Pelo regramento da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime ocorreria após o cumprimento de 2/5 da pena no caso de apenado primário e de 3/5 no caso de reincidência, em oposição ao 1/6 de pena exigido para a progressão de crimes comuns. Ainda que a nefanda Lei nº 13.964/19 tenha alterado os prazos legais para progressão de regime e livramento condicional, os lapsos temporais previstos para delitos hediondos são mais severos do que para os comuns.

<sup>222</sup> Vide a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal.

Os pacientes haviam sido condenados, em 15/06/2010 em processo originário da Comarca de Nova Andradina/MS, como incurso no artigo. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos e dez dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, com o afastamento, em sentença, da incidência do disposto na Lei n. 8.072/1990, o que fundamentou apelação pelo Ministério Público, reconhecendo seu reconhecimento. A tal apelação o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou provimento, em 20/06/2011.

Contra o acórdão de 2ª instância, o Ministério Público interpôs recurso especial, ao qual foi dada procedência em 30/04/2012, reconhecendo a natureza hedionda do delito praticado pelos pacientes. Findos os recursos ao Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado o referido *habeas corpus* juntamente ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública da União, cujos argumentos giram, em síntese, por não ser compatível à Constituição Federal a interpretação que considera as condenações de tráfico de drogas às quais foi dado o privilégio do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 como crimes hediondos. Assim, deveria ser feita analogia *in bonam partem*, a fim de se afirmar que o tráfico privilegiado possui a mesma justificativa do homicídio qualificado-privilegiado, qual seja, a necessidade de tratamento menos rigoroso para o agente delituoso que, por requisitos atenuantes, cometeu o crime. Foi requerida, então, a concessão da ordem.

#### 4.3.3.2. O julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal

A liminar foi indeferida, tendo havendo requisição de informações e o mérito foi levado a julgamento plenário. A relatora, ministra Carmen Lúcia, em seu voto, concedeu a ordem, utilizando-se dos seguintes argumentos:

Com efeito, é preciso não perder de vista que todo delito tem sua singularidade em relação aos demais, quando nada pelas circunstâncias pessoais do agente e sua inserção no meio em que praticado o crime. Assim, o aludido dispositivo legal já permite maior flexibilidade na gestão da política de drogas, dado que autoriza o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. E não é só. Trata-se, em verdade, de levar-se a sério a inegável importância das decisões de política criminal, não só para a compreensão da legislação positiva, mas também – e, talvez, sobretudo! – para a aplicação do Direito. Por isso, o funcionalismo penal tem angariado tanta simpatia mundo afora: trata-se de modelo ou de sistema em que as decisões de política criminal devem ser necessariamente consideradas na construção da dogmática do direito penal. No caso do chamado tráfico privilegiado, o que se decidiu, via legislativa e por decisão de política criminal, é que tais pessoas devem receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recai o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstram claramente o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição de tais pessoas. Não se pode, então, chancelar-se a tais condutas a nódoa da hediondez, por exemplo.

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.<sup>223</sup>

Assim, se já há a previsão legal para tratamento mais benéfico daqueles indivíduos primários, de bons antecedentes e não envolvidos com atividades criminosas, o juízo de reprovabilidade da conduta seria menor, de forma a não se aplicar a previsão legal de hediondez a estas hipóteses.

Com o prosseguimento da votação, com votos favoráveis (Min. Luiz Roberto Barroso e Min Gilmar Mendes) e desfavoráveis (Min. Edson Fachin, Min. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Luiz Fux e Min. Dias Toffoli) à concessão da ordem, o julgamento encaminhava-se para sua denegação, quando, em debate, foram lançados argumentos acerca do impacto da decisão que estava a ser tomada para a realidade do sistema prisional brasileiro:

E, ali [no memorial juntado ao habeas corpus elaborado pelo Instituto Conectas e Instituto do Direito de Defesa], o item é esse: impacto da hediondez do tráfico no encarceramento - e eles fazem uma diferença inclusive do encarceramento de homens e mulheres -, afirmando-se que o impacto dessa lei elevou a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas, de 2005 a 2014, em 340%. Quando se faz um recorte, por exemplo, do gênero, percebe-se que, no mesmo período, o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou aproximadamente em 600%. E, nos últimos dados que eu estou vendo, é exatamente porque as mulheres – é um dado da ONU –, os dados mais recentes apontam que atualmente 68% das mulheres encarceradas no Brasil estão detidas por tráfico de drogas, porque elas estão sendo usadas, e como se trata de crimes hediondos, elas estão sendo mantidas presas com todas as condições por isso, elas podem ser condenadas mesmo...

[...]

E esse mesmo memorial da Conectas e do Instituto do Direito de Defesa esclarece que a maioria das pessoas que é presa por tráfico, é presa com quantidades inferiores a 100 gramas. Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?

[...]

O InfoPen, do Ministério da Justiça, colacionou algumas informações, que datam de dezembro de 2004, e dão conta – e os números impressionam – que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28%, mais precisamente 174.216 presos ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Portanto, quase 30% desses mais de 600.000 estão presos por tráfico de drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% são mulheres encarceradas. E hoje nós temos a quinta maior população do planeta, levando em conta o número de mulheres presas, que estão envolvidas com tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico. Um outro dado que impressiona, só para ajudar aqui na discussão: estima-se que a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente, ou seja, algo em torno de 80.000 pessoas, em grande maioria mulheres, tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. Portanto os números impressionam: 30% dos presos, dos mais de 600.000 presos estão lá no sistema penitenciário porque praticaram algum delito ligado ao tráfico de drogas, e 45% desse contingente, na sua maioria mulheres, ou seja, 80.000 pessoas tiveram na sentença o

---

223 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118.533/MS – Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Carmen Lúcia. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>>. Acesso em 04/11/2017.

reconhecimento do privilégio. A situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse.<sup>224</sup>

Houve, então, pedido de vista pelo Min. Edson Fachin, com a posterior modificação de seu voto, julgando pela concessão da ordem. Para tanto, utiliza-se da interpretação sistêmica da Lei nº 8.072/90 e reforça os princípios da legalidade e da proporcionalidade para afastar a hediondez das condenações por tráfico de entorpecentes nas quais se dá a incidência do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Destaca-se trechos do voto na qual se revela o raciocínio utilizado para a interpretação:

De início, aponto que o sistema normativo brasileiro, quanto à definição dos crimes hediondos, adota o critério legal, de modo que, observadas as diretrizes constitucionais, incumbe à lei ordinária criminalizar condutas e estabelecer quais delas receberão ou não a pecha de hediondas. Em relação ao regime mais gravoso destinado aos delitos hediondos e equiparados, prescreve a CF (art. 5º, XLIII) que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]”.

[...]

Ao meu sentir, a determinação constitucional não revela tamanho alcance e deve ser compreendida à luz da individualização da pena, cuja materialização primeira recai sobre os ombros da lei ordinária, sob pena de esvaziamento da atribuição conferida pela própria Constituição (art. 5º, XLVI - “a lei regulará a individualização da pena...”.) Ademais, o gravoso regime em comento constitui âmbito de cunho excepcional e, de acordo com essa condição, deve ser reservado ao legislador espaço para opção de incidência do regime geral a hipóteses específicas que não se ajustem aos respectivos pressupostos ou que não exijam retribuição penal em tamanha dimensão.

[...]

É indubitoso que essa definição não pode, em prejuízo do acusado, ser realizada pelo Estado-Juiz, tampouco consubstanciar decorrência de critérios doutrinários ou meramente axiológicos. Assim, como desdobramento do Princípio da Legalidade, de intensa aplicação na seara penal, considera-se que o rol dos crimes elencados na Lei 8.072/90 é de caráter estrito, ou seja, não admite ampliação mediante analogia.

[...]

Já em relação aos equiparados, a norma limita-se a apontar “a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo”, de modo que não se afigura determinação precisa de hediondez, já que o tráfico pode ser permeado por uma multiplicidade de circunstâncias.

[...]

Embora a causa de diminuição não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal de veras substancial. Assim, embora, de fato, reitere-se, não se divise a existência de novo tipo penal, diante da ausência de correspondência expressa e precisa, a conclusão de que o tráfico minorado é compatível com o regime geral da execução penal e de livramento condicional não se afigura irrazoável.

[...]

Ou seja, em casos extremos, é possível que o Princípio da Proporcionalidade atue como parâmetro normativo de controle de constitucionalidade. Sendo assim, com

224 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118.533/MS – Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Carmen Lúcia. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>>. Acesso em 04/11/2017.

maior razão, é possível que referido princípio funcione como instrumento interpretativo dirigido a desvelar o real alcance da norma infraconstitucional.

[...]

No mesmo caminhar, *mutatis mutandis*, compreendo que a definição de hediondez, decorrente da maior gravidade ou repugnância do delito, também se submete a um juízo conglobante. Vale dizer, as lições atinentes à tipicidade também podem ser aplicadas quanto à hediondez, cuja aferição desafia investigação do alcance normativo de acordo com a ordem jurídica globalmente considerada.

[...]

Não bastasse, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não é equiparado a hediondo. Ou seja, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, *ipso facto*, direito subjetivo aos benefícios listados. Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação. Considerando que a intensidade do tratamento penal deve guardar uniformidade por parte do legislador, à luz das demais respostas penais e institutos processuais, depreendo que a equiparação a crime hediondo não alcança o delito de tráfico na hipótese de incidência da causa de diminuição em exame.<sup>225</sup>

Por fim, houve também o reajuste de votos dos ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, de forma que a ordem foi concedida por maioria, resultando na ementa anteriormente citada.

Ponto interessante sobre o julgamento plenário em questão é a emergência de questões de política criminal, especialmente pela análise dos números do encarceramento e da situação dos condenados por tráfico de entorpecentes em cumprimento de pena: mulheres sem antecedentes criminais, pessoas apreendidas com quantidades ínfimas de drogas, em linhas gerais, pessoas a quem não caberia o mesmo juízo de reprovabilidade do que pessoas de fato envolvidas com organizações criminosas e posições de comando na cadeia de distribuição de drogas.

Há a interpretação da Constituição e a da lei infraconstitucional: não é possível a aplicação de analogia *in malam partem* em matéria penal – e, ainda que a Constituição considere como equiparado a hediondo o “tráfico de entorpecentes e drogas afins”, será a norma infraconstitucional que trará o significado deste termo, assim como os tipos penais correspondentes.

---

225 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118.533/MS – Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Carmen Lúcia. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>>. Acesso em 04/11/2017.

Ademais, crimes hediondos corresponderiam, em tese, àqueles mais reprováveis dentro do sistema penal – e ao §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 trata-se, sem dúvidas, de ocasiões nas quais as condutas previstas em seu caput e §1º terão sua reprovabilidade atenuada.

Não há o apelo a uma suposta intenção do legislador/lei, mas a interpretação, com base nas normas existentes no ordenamento jurídico, de uma leitura que melhor se coaduna aos princípios constitucionais.

#### 4.3.4. O cancelamento da Súmula 512 do STJ

Para além das consequências práticas da decisão, quais sejam, a concessão de direitos como progressão de regime, livramento condicional e indulto às pessoas condenadas por tráfico privilegiado, há uma consequência jurídica digna de nota ao julgamento do HC 118.533/MS: o cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça.

A Súmula 512 do STJ possuía o seguinte conteúdo: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”<sup>226</sup>

O cancelamento desta súmula é consequência lógica do julgamento do HC 118.533/MS: ainda que o julgamento de um habeas corpus pelo STF não tenha efeito vinculante ou caráter erga omnes, houve uma mudança significativa de entendimento a ser replicado em situações semelhantes.

O cancelamento da súmula, provocado pela Petição 11.796/DF, possui a seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS.  
CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

226 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 512*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27512%27> Acesso em: janeiro 2020.

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.<sup>227</sup>

Verifica-se, no caso, que, ainda que um *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal não possua efeitos vinculantes, a mudança de entendimento por ele indicada bastou, em nome da segurança jurídica e da coerência do ordenamento jurídico, para que uma súmula informativa fosse cancelada, vez que o entendimento por ela enunciado já não mais se sustenta no ordenamento jurídico.

#### **4.4. As soluções buscadas pelo judiciário representam a resposta definitiva aos dilemas enfrentados?**

Ainda que tais soluções apresentadas pela Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Supremo Tribunal Federal tenham produzidos impactos positivos na questão do hiperencarceramento, uma pergunta deve ser realizada: as soluções advindas da judicialização da política apresentam respostas definitivas aos problemas enfrentados?

Conforme Hirschl, “quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de Direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo.”<sup>228</sup> Há certo “conforto” do agente político em delegar questões políticas controversas, vez que não precisarão prestar contas ao seu eleitorado ou ameaçar seu capital político. O recurso aos tribunais torna-se, então, bastante conveniente.

As decisões da VEC/POA, especialmente a ampliação da utilização do monitoramento eletrônico a fim de suprir a ausência de vagas nos sistemas semiaberto e aberto

227 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). *Petição 11.796/DF*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 23/11/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67567185&num\\_registro=201602880562&data=20161129&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67567185&num_registro=201602880562&data=20161129&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: janeiro de 2020.

228 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

traduzem a judicialização da política como vantajosa para o agente político. Os custos por preso no monitoramento eletrônico são muito inferiores aos custos da manutenção das vagas físicas nos regimes prisionais correspondentes – enquanto a manutenção de um preso no sistema convencional gira em torno de R\$1.500,00 mensalmente para o Estado, o preço de uma tornozeleira no mercado está em torno de R\$520,00 e o aluguel do equipamento é de, aproximadamente, R\$260,00 mensais<sup>229</sup>.

Por que, então, a Administração disponibilizaria novas vagas se pode gastar menos, quanto mais em políticas públicas notoriamente impopulares? A solução judiciária para o problema é, portanto, uma forma da Administração *não* resolvê-lo.<sup>230</sup>

Não há pressa nenhuma no cumprimento das diversas decisões judiciais que obrigam o fornecimento de novas vagas, tampouco de reforma ou mesmo da desativação do Presídio Central, levando consigo tudo o que ele representa. Do ponto de vista da Administração, a omissão redundou em vantagens, pois, de fato, não precisa justificar os gastos necessários no aumento de vagas no sistema prisional e no oferecimento de melhores condições para as pessoas ali reclusas.

Conforme Hirschl,

A crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância política representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, ou até mesmo uma abdicação de poder, por parte de legislaturas eleitas, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões políticas. Pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta — e muitas vezes controversa — entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não passá-los a outros. Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do ‘redirecionamento de culpa’, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política. (...) E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões.<sup>231</sup>

229 GONÇALVES, Vanessa Chiari. “A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre.” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 143/2018, maio/2018.

230 Evidentemente, não se discute no presente trabalho o comparativo da eficiência entre o sistema convencional e o monitoramento eletrônico – a questão financeira, inclusive, sendo sopesada para a adoção das políticas públicas correspondentes. O que se discute é que essas políticas nem mesmo existem.

231 HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

Portanto, a judicialização da política representa a ocupação de um espaço que deveria ser da Administração – mas que não é preenchido, prejudicando ao indivíduo preso e a toda sociedade. O Poder Judiciário dá as respostas às provocações que lhe são feitas e aplica os princípios constitucionais, mas não cabe a ele a gestão do Estado.

Quanto aos entendimentos dos Tribunais Superiores representados pela Súmula Vinculante 56 e pelo *habeas corpus* nº 118.533/MS, estas são medidas frágeis. Ainda que representem exercício de interpretação legal e aplicação constitucional, basta uma mudança de composição do Supremo Tribunal Federal, com a inclusão de uma maioria de ministros de viés mais autoritário, ou mesmo eventos casuísticos que façam pender à interpretação anterior<sup>232</sup>, para que o entendimento benéfico proferido caia por terra.

As decisões judiciais que representam reações ao hiperencarceramento servem, portanto, como retratos de determinada época e das tendências por elas representadas, mas não implicam em permanência. Para tanto (seja a interpretação extensiva do artigo 117 da LEP, seja o afastamento da hediondez do “tráfico privilegiado”), o ideal seria a ação do legislador – por mais que legislações sejam passíveis de alteração, são mais perenes do que os entendimentos jurisprudenciais.

A resposta à pergunta inicialmente realizada é não – as soluções judiciais não são definitivas para os problemas enfrentados. Entretanto, ante a inação da Administração e do Poder Legislativo, são as soluções havidas para enfrentamento do caos do sistema prisional.

---

<sup>232</sup> Basta tomar como exemplo as decisões acerca do início do cumprimento de pena após a decisão em segunda instância, previamente ao trânsito em julgado. Nos últimos dez anos, houve três mudanças de entendimento quanto à possibilidade. Não há, portanto, a garantia da segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

O sistema prisional brasileiro vive em permanente crise – há presos demais e estabelecimentos prisionais de menos. As funções declaradas das penas não se revelam como suficientes para descrever o fenômeno brasileiro, sendo necessária a análise das funções não declaradas da pena em busca de resposta. Tais conclusões podem ser transportadas aos presídios: a pena privativa de liberdade nasceu com o capitalismo e desenvolveu-se inicialmente na Europa. A realidade europeia, entretanto, não explica o papel da prisão na sociedade brasileira, tampouco os impactos do racismo e da desigualdade social em sua lotação. Dentro de uma realidade em que se elege um Estado Democrático de Direito com a primazia constitucional, não pode e nem deve ser admitida a barbárie. O encarceramento consistir num instrumento de abandono, esquecimento, violência e extermínio representa a subversão de todo o sistema de direitos e garantias fundamentais aos quais todos fazem jus. É, portanto, inadmissível dentro da ordem jurídica pátria.

Em relação à Execução Penal, a análise não difere muito daquela realizada relativamente às teorias da pena: há as funções declaradas da Lei de Execução Penal e as não declaradas. A Execução Penal possui natureza jurisdicional, de forma a serem estendidas a ela as garantias constitucionais não apenas relativas ao devido processo legal e a imparcialidade do órgão judiciário, mas também ao amplo respeito às garantias individuais previstas no texto constitucional, especialmente naquilo que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, uma vez estabelecido que o Direito Penal e a Constituição têm entre si uma relação de entrelaçamento, a questão da interpretação trará uma implicação bastante relevante: levando em consideração os princípios constitucionais, quais seriam os critérios interpretativos a serem adotados pelo Direito Penal?

A interpretação do Direito Penal deve dialogar com a Constituição e o Estado Democrático de Direito. A rigidez exigida para sua interpretação justifica-se como proteção ao indivíduo em relação a arbitrariedades e exacerbações do *jus puniendi* – não à observância dos princípios constitucionais para que direitos básicos do indivíduo sejam violados.

Dentro da interpretação, há a análise da discricionariedade judicial, que só existirá nos espaços por ela delimitados – o que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, são os limites trazidos pela Constituição. Caso haja a ultrapassagem destes limites, não haverá discricionariedade, mas sim arbitrariedade – o que é completamente avesso ao papel do

intérprete do Direito. Cabe, então, ao ordenamento jurídico, a busca de uma resposta para que esses limites se tornem claros.

Relacionada à ampliação da atuação do Poder Judiciário está a judicialização da política, consequência da forma do Estado contemporâneo – e, ao menos no atual contexto histórico, inevitável. Passa-se, portanto, à análise de como tal fenômeno se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro. A divisão de poderes, atualmente, não corresponde ao modelo clássico – está maleável, há intercâmbio na atuação dos Poderes – o que pode ser demonstrado pela Execução Penal.

Entra-se então na temática do ativismo judicial – ele é cabível no ordenamento jurídico brasileiro? Relaciona-se à judicialização da política? Entende-se que, dentro do critério interpretativo adotado, o ativismo judicial não é cabível, pois ultrapassa e muito os critérios de discricionariedade judicial, além do flerte perigoso com a insegurança jurídica.

Deve ser ressaltado um equívoco terminológico. O que muitas vezes é chamado de ativismo judicial no Brasil é, na verdade, a judicialização da política, ou mesmo a aplicação de direitos constitucionalmente garantidos. Não se trata, portanto, de inovação em políticas públicas ou contestação de decisões de outros Poderes. Trata-se da interpretação e aplicação.

Por fim, da análise das soluções trazidas pelas decisões judiciais a atuação da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre; o contexto da Súmula Vinculante 56 e o novo entendimento sobre a inaplicabilidade do disposto na Lei nº 8.072/90 ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, verificou-se que, ainda que tenham trazido soluções ao problema do hiperencarceramento que pretendiam enfrentar, não implicam em soluções definitivas. Pelo contrário: demonstram a omissão da Administração e do legislador quanto ao tema. São, entretanto, soluções momentâneas à crise do sistema prisional.

A grande solução à crise do sistema prisional, em um plano utópico, reside no enfrentamento das grandes questões que permeiam a sociedade brasileira e, por via de consequência, os objetivos ocultos do sistema penal: o racismo, a desigualdade social, a ausência de políticas públicas e da implantação de um *welfare state* que não seja apenas esboçado. Todavia, enquanto a utopia não é alcançada e ante a falta de soluções por parte dos demais Poderes, cabe ao Judiciário a observância dos princípios constitucionais e a atuação política – afinal, omitir-se em relação aos horrores da realidade concreta também é uma forma de atitude.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Amilton Bueno de Carvalho no Movimento Direito Alternativo: Contributo Epistemológico, Criminológico e Político para a Brasilidade Democrática.” In: *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: estudos críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. In: *(Syn)thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2012.

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em junho de 2019

\_\_\_\_\_. *Constituição 1824). Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CciVil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/CciVil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 25 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Lei de Execução Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em junho de 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *IPEA. Mapa da Violência – 2019*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm). Acesso em fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf). Acesso em 01 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 118.533/MS – Mato Grosso do Sul*. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>. Acesso em 04/11/2017.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Petição 11.796/DF*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 23/11/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67567185&num\\_registro=201602880562&data=20161129&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67567185&num_registro=201602880562&data=20161129&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 641.320/RS – Rio Grande do Sul*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>. Acesso em 04/11/2017.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 512*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27512%27> Acesso em: janeiro 2020.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 56*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 04/11/2017.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo 3º: Pena e Medida de Segurança. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Penas e Garantias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3ª Edição. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scaranci. “Execução penal: aspectos jurídicos”. In: *Revista CEJ*, v. 3, n. 7, p. 68-83, 20 abr. 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. “A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 143/2018, maio/2018.

\_\_\_\_\_. “Direito penitenciário: reflexões e noções preliminares”. In: *Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal*. Org. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRSCHL, Jan. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edição. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLÖCKNER, Conrado. *A superlotação carcerária e os dejetos humanos - Estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre*. Trabalho de Conclusão de Curso (Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais) - UFRGS. Porto Alegre, 2018.

LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica.” In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 25. 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos de Instrumentalidade Constitucional). 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARSHALL, William P. apud TRINDADE, André Karam. “Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis.” In: STRECK, Lênio Luiz e FERRAJOLI, Luigi (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELOSSI, Dario. “A gênese da instituição carcerária moderna na Europa.” In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. “A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo.” In: *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. n. 18. Rio de Janeiro, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

NEDER, Gizlene. “Em nome de Tântatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil.” In: *Violência & Cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

PAVARINI, Massimo. “A invenção da penitenciária: A experiência dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX”. In: *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª Edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo”. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.

RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “A reforma do Poder Judiciário”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 137, p. 239-254, jan./mar. 1998.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

RUSCHE, Georg e KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Tradução de Gizlene Neder. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOUZA, Taiguara L. S. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. 375 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.