

Choque de Realidades na Busca da Cidadania*

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro/RJ, Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor Emérito da EMERJ.

1. O *princípio do Estado de Direito* é um conceito constitucionalmente caracterizado. A constituição, como norma fundamental de cada comunidade, impõe os seus *princípios* a todo o ordenamento jurídico, é a fotografia das concepções dominantes na sociedade em determinado tempo, espelhando o dominante e consensual. A Carta Política de 1988 ressalta a relação entre o Estado de Direito, princípios penais constitucionais e a restrição da área penal ao mínimo indispensável, deixando clara a ilegitimidade da tutela penal de valores sem relevância que limitam o poder criminalizador. A *universalidade* e a *indisponibilidade* constituem características definidoras dos *direitos fundamentais*. O *garantismo* é um conjunto de técnicas idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Os *valores* deverão ser o quadro maior de uma legítima intervenção penal, em conjugação com o respeito aos *princípios da legalidade e da proporcionalidade*. Princípios são *ideias fundamentais* que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são *valores básicos da sociedade* que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas. Já os *direitos fundamentais* correspondem a *valores e carências vitais* da pessoa determinados histórica e culturalmente, sendo que o seu grau de garantia pode definir a qualidade de uma democracia, medida em seu progresso.

2. Defende-se que o *desafio das democracias ocidentais* situa-se na busca primária e contínua de conciliar o exercício da liberdade imprescindível à dignidade da pessoa humana com os reais reclamos, cada vez

*Aula Magna do Curso de Direito da UNISUAM, proferida no dia 28 de abril de 2016.

mais presentes, da coexistência de políticas e linhas de ação de segurança pública no contexto das sociedades contemporâneas. A Constituição, ao consagrar o *princípio democrático*, não se decidiu por uma teoria em abstrato, buscou uma teoria normativa para o país e para uma realidade histórica. Como princípio normativo em suas várias facetas, *política, econômica, social e cultural*, aspira tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. Canotilho registra que “o regresso a uma teorização defensivo-liberal do Estado de Direito sugere o abandono do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais, conquistados ao cabo de complexas lutas sociais e políticas”. Sem os limites jurídicos, estar-se-ia diante de um Direito Penal *autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional*.

3. Ferrajoli defende que “as regras do jogo fundamental” do Direito Penal se convertem em princípios jurídicos do contemporâneo Estado de Direito. Na realidade, são limitações ao direito de punir do Estado. O desenho democrático mostra a relevância dos *princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança*, diante da proibição das leis retroativas *in malam partem* e da inalterabilidade da coisa julgada. Repudia-se a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. O princípio da intervenção mínima (*nulla poena sine necessitate*) traduz o caráter de último recurso na ação de política criminal para a proteção dos bens jurídicos. A *ultima ratio* significa a intervenção punitiva como derradeira etapa do processo estatal do controle social. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estatui que a lei somente deva prever *penas estritamente necessárias*.

4. O Direito Penal deve ser *legítimo*, isto é, vedada a *inutilidade* ou *desnecessidade*, diante de seus destinatários. Não se pode olvidar no modelo de *direito penal mínimo*, perante o racionalismo jurídico garantista, os limites ou as proibições intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de *racionalidade e certeza*, pois o Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade das intervenções estatais. A *abusiva e desnecessária* intervenção punitiva do Estado configura violação real e efetiva do *princípio da dignidade da pessoa humana*. Canotilho, em uma integração pragmática entre os *direitos, liberdades e garantias* e o enunciado “dignidade da pessoa humana”, destaca: a) afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualida-

de autonomamente responsável; b) garantia de identidade e integridade da pessoa, através do livre desenvolvimento de sua personalidade; c) libertação da “angústia da existência” da pessoa, mediante mecanismo de sociabilidade; d) garantia e esfera da autonomia individual, através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e precedentes do Estado de Direito; e) igualdade de cidadãos, expressada na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo. Fornece um tópoi de concretizações juridicamente controladas.

5. Diante do *princípio do pluralismo político* emerge o *princípio da tolerância*, determinando que os indivíduos suportem as diferenças não lesivas, pautadas pelo cotidiano da vida social, e que servem de suporte para os *princípios da ofensividade* e da *lesividade*. Tais princípios têm como patamar existencial a vulneração de um bem jurídico. Toda ação delitativa deverá fraturar uma norma produzindo uma incidência típica de lesão ou de perigo, afetando-o. Veda-se a *criminalização* para a proteção de menores valores éticos ou morais, ou de condutas socialmente inócuas.

6. A *concepção do bem jurídico* transforma-se em uma *concepção de danosidade social*, marcando as mais importantes orientações de *política criminal*. A concretização do conceito de bem jurídico como função limitadora do poder punitivo *não* pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito *formal*, mero garantidor das liberdades, *não* intervencionista, para um Estado de Direito que se almeja *material, democrático e social*. Dessa forma, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais exercem pressão determinante na *definição* dos bens jurídicos a serem objeto da tutela pelo Direito Penal. De outra parte, este, como instrumento de controle social formalizado, deve se identificar com a aplicação prática envolta por uma série de garantias e como uma atividade regrada, portanto, *segura, previsível e controlada*, em todas as suas etapas, perante o devido processo legal.

7. Destaca-se que o *princípio da ofensividade* possui duplo momento de incidência, quando: a) o legislador criminaliza a conduta intolerável como *limite* do poder punitivo; b) o magistrado aplica a resposta penal, diante do desvalor da conduta no caso concreto. De harmonia, não se pode olvidar o *princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*, que se

situa no estudo das funções do Direito Penal, no Estado Social e Democrático de Direito. Kaufmann lembra que o *direito penal tolerante* cria espaços livres de Direito, abrigando condutas toleráveis. Já Ferrajoli assinala, como *elementos desestabilizantes* tradutores de um risco à democracia, a *inflação legislativa* provocada pela *pressão* dos interesses setoriais e corporativos, a *perda da generalidade*, a *abstração das leis*, o *processo de descodificação* e o *crescimento de uma legislação fragmentária com caráter de emergência e exceção*, que alguns simplistas creditam à elevada complexidade das sociedades atuais.

8. A *garantia formal de legalidade* é insuficiente no Direito Penal democrático. Os princípios devem ser entendidos como garantias de vinculação do magistrado à lei e ao Direito. Tradicionalmente, a norma penal desempenha uma transcendente função *político-jurídica*, a função de regular a vida social, o que pressupõe a observância de valoração dos acontecimentos da sociedade. Diante da realidade, procura-se organizá-la, tornando os *conflitos naturais* e *toleráveis*. Do ponto de vista técnico-dogmático, a lei penal é a norma objetiva de determinação que, para adquirir validade, necessita cumprir requisitos de ordem formal-material. Em virtude da influência neokantiana dos valores, a teoria metodológica postula a conexão entre o fim da norma e o próprio objeto da tutela, traduzindo o fim perseguido pelo legislador na construção de cada tipo penal.

9. O *caput* do art. 5º da Carta Política determina que “todos são iguais perante a lei” (princípio da isonomia) e “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (princípio da legalidade), alicerces do Estado de Direito, *garantia dos direitos, fundamento e limite* de todo funcionamento do Estado e, no seu preâmbulo, estatui que o *Estado Democrático* deva ser destinado a segurar a *igualdade de todos* os cidadãos. Firma-se, principalmente, a *abolição dos privilégios* e das prerrogativas para promover a garantia da estabilidade social. As dimensões do *princípio da igualdade*, na aplicação do Direito constitucionalmente garantido, assumem maior esfera de relevância no âmbito da aplicação da lei e do direito. O *princípio da isonomia* não significa somente aplicação igualitária da lei. O fundamento político-jurídico está na *garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas*, asseguradas na ação de um Judiciário liberto de limitações para a *plenitude da imparcialidade*

dos julgamentos. Não há liberdade sem direito, senão os homens seriam obrigados a obedecer a normas totalmente divorciadas de suas próprias necessidades. O *princípio da igualdade* assume relevo enquanto “princípio de igualdade de oportunidades e condições reais de vida”. Canotilho ressalta que a *igualdade* conexiona-se, de um lado, com uma *política de justiça social* para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e de outro, com a própria ideia de “igual dignidade social”.

10. O *princípio da dignidade da pessoa humana* é o mais relevante diante dos direitos humanos, produto de lenta e longa maturação para a sua conquista. Constitui-se em um complexo de direitos e deveres fundamentais que objetiva garanti-la contra qualquer ato *degradante* e *desumano*, e promover sua participação corresponsável na vida comunitária. O Pacto de São José da Costa Rica registra que “toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”. O respeito à *dignidade humana* e ao *livre desenvolvimento da personalidade* é uma exigência *imprescindível* nos estados democráticos, razão pela qual se encontra acolhida nos textos fundamentais. Assim, se constitui em um *metaprincípio de justificação* dos direitos humanos, que, por intermédio de Kant, a racionalidade é posta como fim de si mesma. É inalienável e irrenunciável.

11. O *princípio da humanidade*, defluente da *dignidade da pessoa humana*, emergente do princípio da secularização, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, deduzido pelo conjunto de normas contido em nossa Carta Política. Lamentavelmente, nesta década do século XXI, sob as rubricas da “sociedade de riscos” e da “impunidade”, pelo estímulo midiático, violam-se todas as normas garantidoras, em nome da “segurança pública”, como formas de combate eficaz ao “inimigo”. Figueiredo Dias, ao tratar da não intervenção, diz que o Estado acaba por produzir mais delinquência do que aquela que é capaz de evitar.

12. No século XXI, está presente a questão do Direito Penal do *perigo*, do *risco* ou da *emergência*, e, daí, a meditação sobre o futuro da proteção aos bens jurídicos. A vinculação exige resposta penal aos casos de lesão ou dano e aos perigos concretos e abstratos. Por fim, na esfera de âmbito processual, não se pode perder de vista na execução penal a

vulnerabilidade sistêmica pertinente à *celeridade* ou razoável duração do processo. A Carta Política de 1988 prescreve que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios de celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII). Para vencer a demora na apreciação dos pedidos de benefícios, o Conselho Nacional de Justiça adotou os denominados “mutirões carcerários”. O apenado é um cidadão com as limitações impostas pela decisão judicial, não é coisa, mas sim sujeito de direitos.

13. O primeiro eixo de sustentabilidade da execução penal é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. A desumanização do cárcere é problema fundamental do desrespeito, devido à falência da capacidade do Estado no enfrentamento de crônicas demandas (físicas, gerenciais e disciplinares) dos estabelecimentos penais. Há dois séculos mantém-se a tríplice vulnerabilidade: *superlotação, ociosidade e promiscuidade*. Quando se fala na dignidade da pessoa humana, é da *pessoa concreta*, na vida real e cotidiana, e não um ser *ideal* ou *abstrato*, que a ordem jurídica considera *irredutível e irreparável* e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Repita-se que as pessoas privadas da liberdade, apenadas, custodiadas e submetidas a medidas de segurança *conservam* a titularidade dos direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.

14. O *princípio da proporcionalidade*, surgido no século XVIII, exige uma ponderação na cominação e na resposta penal perante o lesionado ou colocado em perigo, incluindo-se o regime prisional, diante de um *controle de razoabilidade* da sanção e a liberdade restringida. Os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador a observância do *princípio da proporcionalidade*, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. Finca-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser sempre resguardado de *arbitrariedades*, ou de *excessos* cometidos. Nesta direção, tem o *princípio da proporcionalidade* relevante papel para a *racionalidade* do Estado de Direito, visto que nosso sistema está abrigado pela *dignidade constitucional*, convertendo-se em *princípio da reserva legal proporcional*. A *adequação* é necessária entre os *motivos*, os *meios* e os *fins* constatáveis na *razoabilidade*, ao passo que a *congruência* entre meios utilizados é o objeto perseguido pertinente à

proporcionalidade. Diante da natural relatividade do superconceito do *princípio da proporcionalidade*, a doutrina procura uma melhor operacionalidade por via de quatro vetores: a) da *necessidade material*, evitando-se quanto possível a limitação dos direitos fundamentais; b) da *exigibilidade espacial*, limitando-se a esfera de âmbito da intervenção estatal; c) da *exigibilidade temporal*, estabelecendo-se rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) da *exigibilidade pessoal*, como ferramenta de restrição à pessoa ou às pessoas, cujos interesses devam ser sacrificados.

15. Sustenta-se que a pena é um *instrumento de proteção dos bens jurídicos* e o *meio de contenção dos intoleráveis conflitos sociais*. Será sempre aflitiva, não indigna, mais pedagógica. Constitui-se na mensagem social e política do Estado advertindo que a violação dos direitos produz respostas jurídicas diante da exigibilidade da tutela e proteção de bens e valores intoleráveis de afetação. Lembra-se Tobias Barreto, que defendia que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”, e “quem procura o fundamento jurídico da pena, deve também procurar, se é que não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. Afasta-se o mito da ressocialização, diante do “inferno de Dante” que é o cárcere.

16. A aplicação da pena *não* é recompensa à sociedade ou à vítima do ato do infrator, inexistente qualquer retribuição ou recompensa, caso contrário retroage-se ao classicismo liberal do século XIX. A *prevenção* olha o futuro e “imagina” inibir, mediante a *criminalização* e a *prisionalização*, em tese, a comissão de delitos. A diferença entre o *retribucionismo* e a *prevenção* não se afeta ao *conceito* de pena, mas a sua *função* e *legitimação*.

17. A *reintegração social* do egresso tem como vulnerabilidade a *desconstrução* do indivíduo, em razão da contaminação deletéria do cárcere, proporcionando outros valores e rupturas de obediência normativa. Diante de uma sociedade de funcionamento dinâmico, o cárcere leva a novos conflitos por absoluta ausência de adaptação à nova realidade do mundo livre. Sutherland destaca com o *princípio da associação diferencial* que a grande parte dos infratores teve acesso a uma *subcultura delitiva*, onde adquiriram *hábitos, motivos e atitudes criminosas*. Há um *processo de transmissão cultural de hábitos, opiniões, conhecimentos e valores*

divergentes, que são próprios da vida no cárcere. O *comportamento desviante* é apreendido e não herdado, criado ou inventado pelo condenado. Segundo o *princípio da associação diferencial*, uma pessoa se torna infratora porque recebe mais definições favoráveis à violação da norma do que desfavoráveis a manter-se nos limites normativos.

18. O *objeto* das normas penais são os *bens* ou *interesses* por elas protegidos. Considera-se *bem* tudo o que é útil para a satisfação, mediata ou imediata, da necessidade humana. Já *interesse* é o bem no sentido da valoração de que faz o sujeito como idôneo para a satisfação de suas necessidades. O *fim* das normas penais é defender o *garantismo dos bens e interesses* que constituem o objeto de sua proteção. A *tendência* contemporânea é na direção de que a lei penal e a teoria jurídico-penal são ligadas a pressupostos políticos. Assim, em nosso desenho crítico, são colocadas diferentes perspectivas, do ponto de vista *historiográfico, sociológico* e da *teoria do direito*, compatíveis como *orientação garantista da justiça*, no *choque de realidades na busca do real exercício da cidadania*.

19. Parte-se da criação teórica de dois eixos hipotéticos cruzados, em cujas pontas situam-se a dignidade da pessoa humana privada de liberdade, a segurança pública, dever do Estado, direito de todos os cidadãos, a família e a religião, apoiados nos instrumentos operacionais do trabalho, da educação, do respeito aos deveres disciplinares e da garantia dos direitos dos apenados. Contemporaneamente, a execução da pena privativa de liberdade deve ter por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal de tribunal colegiado de segunda instância, *estimular e capacitar* o apenado a se adequar ao sistema normativo vigente, a fim de *oportunizar* a sua integração e adaptação social, observada a dignidade da pessoa humana sob o escopo da redução de danos, preservada a paz e a segurança da sociedade. Neste desenho, perante uma intervenção estatal mínima e por tempo mínimo, levar-se-á a desconstrução de um sistema carcerário, *perverso, desumano e degradante*, violador do Estado Democrático de Direito. ❖