

**A APLICAÇÃO PELO JUIZ DE MEDIDA
DIVERSA DA ESTABELECIDADA EM SENTENÇA
JUDICIAL CONDENATÓRIA: UMA ANÁLISE
DO ATIVISMO E DO GARANTISMO JUDICIAL**

THE JUDGE'S APPLICATIONS OF A DIVERSE
LEGAL MEASURE OF THAT ESTABLISHED
IN THE CONVICTIVE JUDICIAL SENTENCE:
AN ANALYSIS OF JUDICIAL ACTIVISM AND
GUARANTEES

Paulo Roberto Meyer Pinheiro*

Camila Gomes Barbosa**

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima***

* Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em mobilidade pelo programa Outgoing na Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política (2016) pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito (2009) e em Administração de empresas (2001) pela Universidade de Fortaleza. Coordenador de pós-graduação e docente da Universidade de Fortaleza. Administrador e advogado. E-mail: paulomyr@gmail.com

** Especialista em direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (2010). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Ceará (2005). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (2001). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (1999). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: gomesbarbosamp@gmail.com

*** Pós-doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt/M. Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

Como citar: PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; BARBOSA, Camila Gomes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A aplicação pelo juiz de medida diversa da estabelecida em sentença judicial condenatória: uma análise do ativismo e do garantismo judicial. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 13, n. 1, p. 14-41, abr. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p14. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A presente pesquisa analisa as decisões judiciais que estabelecem formas de cumprimento diversas do aplicado ao sentenciado, em virtude da ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados. Tal ato do Poder Judiciário

representa o exercício do ativismo judicial para a garantia de direitos fundamentais do preso, em especial, o direito da dignidade da pessoa humana. No desenvolvimento deste trabalho, examinaram-se as nuances do ativismo e do garantismo penal, bem como as decisões judiciais que aplicam regime diferenciado de pena diverso do estabelecido. A metodologia utilizada foi do tipo bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, com fins descritivos e exploratórios, concluindo-se que a aplicação do regime menos gravoso de pena, quando da ausência de vagas, no âmbito do sistema penitenciário, promove o garantismo penal por meio do ativismo judicial, como forma de concretização dos direitos e garantias individuais dos presos dispostos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Execução Penal. Garantismo. Processo Penal.

Abstract: This research analyzes judicial decisions that establishes different ways of penalty compliance diverging from those present in the sentence, due to the lack of suitable vacancies in prisons. Such judiciary acts demonstrates the use of judicial activism in order to guarantee the fundamental rights of prisoners, specifically, the dignity of the human person. Along this paper, details of activism and criminal

(1998).Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1993).Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1988). Professor titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br

guaranteeism were analyzed, as well as judicial decisions that applied different forms of a specific penalty. The method applied for this research was literature review, utilizing a qualitative approach, with descriptive and exploratory purposes. This paper concludes that considering the lack of vacancy in the penitentiary system, the application of a less restrictive penalty regime promotes criminal guaranteeism, as judicial activism may be a way of protecting individual rights and guarantees of prisoners as written in the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Judicial activism. Fundamental Rights. Criminal Execution. Guaranteeism. Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

Verifica-se a ineficácia da Lei de Execução Penal no Brasil, em inúmeros aspectos, notadamente no que diz respeito à ausência do cumprimento do sistema progressivo das penas, haja vista a insuficiência de vagas capazes de suprir a demanda, não garantindo, destarte, a progressão de acordo com a Lei. Assim, na prática, a efetivação das reprimendas pelos apenados, segundo o sistema progressivo das penas, resta prejudicada, trazendo como consequência imediata a aplicação de medidas diversas de cumprimento de pena para o sentenciado.

O Poder Judiciário, diante de tal problemática, de maneira especial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vem indicando a aplicação de regime de pena mais benéfico para o apenado, quando da ausência de vaga adequada a que tem direito, podendo-se exemplificar, na falta de vaga adequada para o cumprimento da pena no regime semiaberto, momento em que são deferidas prisões domiciliares cumuladas, às vezes também, com a monitoração eletrônica ou trabalho externo.

O juiz da Execução Penal exerce o ativismo ao conceder medidas de cumprimento de pena menos gravosas, em virtude da ausência de vagas, de acordo com os parâmetros consubstanciados na Lei de Execução Penal (LEP). Os magistrados têm como paradigma o cumprimento da LEP em consonância com as garantias constitucionais dos presos, conformadas pela compreensão da interpretação dos direitos humanos. Neste contexto, analisam-se as diferenças e as características comuns existentes entre os fenômenos do ativismo e garantismo em relação às decisões judiciais que conferem a aplicação de regime diferenciado da pena.

Com o objetivo de serem verificadas as ocorrências do garantismo e do ativismo, no âmbito destas decisões, faz-se necessário traçar as definições, bem como as fundamentações teóricas formadoras das duas teorias. Mediante a análise e o estudo dos dois fenômenos, deve-se esclarecer em que circunstância o ativismo e o garantismo são exercidos no intuito da aplicação de medidas diversas na forma do cumprimento das penas previamente estabelecidas na sentença penal executória.

Assim, a presente pesquisa aborda as definições e fundamentações teóricas do garantismo penal e do ativismo judicial, bem como as convergências das duas teorias, tomando-se por base o princípio supramencionado, realizando, assim, pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, indutiva e pura, no qual se procura identificar os fenômenos aplicados no que diz respeito à problemática acima.

Com o fim de ser analisado e discutido o assunto proposto, o trabalho foi dividido em três partes. No primeiro momento, analisou-se o fenômeno do ativismo judicial, para, após examinar o garantismo penal, demonstrar as definições e fundamentações de ambos. No terceiro item, identificou-se o momento do exercício do ativismo e garantismo e a relação existente entre ambos, quando da aplicação pelo Poder Judiciário de medida diversa da estabelecida em sentença judicial condenatória, em razão da ausência de vagas adequadas, conforme o Sistema Progressivo de Execução da Pena.

1 ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial surgiu, nos Estados Unidos, mediante

a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, na Revista *Fortune*, no ano de 1947, cuja autoria foi do jornalista Arthur Schlesinger Jr. (TOURINHO, 2010).

Nos Estados Unidos, o aludido fenômeno é caracterizado pela interferência do Poder Judiciário nas questões relacionadas às políticas públicas, verificando-se no mesmo País quando se trata de sua conceituação, sendo elencada outra hipótese pelo autor Richard W. Garnett, quando afirma: “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão.” (GARNETT, 2006).

O ativismo é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro, correspondendo a uma atuação criativa dos julgadores na busca de uma moderna hermenêutica no intuito de os órgãos do Poder Judiciário produzirem suas decisões com o fito de serem efetivados os princípios constitucionais albergados pela Carta Magna, especialmente em caso de omissão dos poderes que detêm a função primeira de regulamentá-los.

O referido assunto é de intensa discussão acadêmica, caracterizando-se, assim, pelas decisões judiciais que determinam obrigações ao Estado, mesmo sem haver previsão legal expressa. A referida teoria é decorrente da hermenêutica constitucional, mediante a interpretação de princípios, o que acaba acarretando, muitas vezes, críticas ao Poder Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal que, após o advento da Constituição Federal de 1988, passou a atuar, de forma destacada, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, segundo a Ciência do Direito, o termo ativismo judicial é utilizado para consignar que o Poder Judiciário está atuando além dos poderes que lhe foram conferidos pela nova ordem jurídica constitucional.

O ativismo, assim, consiste, numa postura proativa do Poder Judiciário que acaba interferindo de forma significativa nas opções políticas dos demais poderes. Vale ressaltar que não existe consenso entre os estudiosos da área jurídica quanto à definição do termo “ativismo judicial”, tendo sido originado na Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Não obstante, é importante conceituar o ativismo, tendo em vista a sua função de destaque na implementação das normas constitucionais e, notadamente, das garantias e direitos fundamentais. De acordo com Miarelli e Lima (2012, p. 34):

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo de criação do direito.

O ativismo judicial contradiz a ideia de um juiz que exerça a função apenas de “Boca da Lei” quando o órgão Judiciário ou Tribunal apenas indica as definições contidas em textos legais, ou seja, o sentido literal da lei.

Ramos (2010, p. 45) define ativismo judicial como:

(...) o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de

interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Na obra coletiva “Diálogos institucionais e ativismo”, formulada pelo grupo de pesquisa Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional, que sucedeu o Laboratório de Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o termo ativismo judicial é identificado como um “processo político-institucional” pelo qual se assume “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia.” (SILVA, 2010).

Não obstante, através de estudos que tinham como conteúdo analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, desenvolvidas pelo grupo acima, é possível concluir que sua jurisprudência realiza o ativismo judicial efetivado em “estratégias de reivindicação de competências que, ‘a priori’, não seriam de plano reconhecidas” (SILVA, 2010).

Em aproximação a esta forma de conceber o ativismo judicial, Streck (2009, p. 87) afirma que: [...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado ou de um conjunto de magistrados [...]

Uma das dimensões do ativismo judicial seria aquela para a qual a doutrina jurídica, tanto nacional quanto internacional, tem dedicado especial atenção desde o início da discussão envolvendo a matéria, dizendo respeito à concretização de direitos fundamentais, através de provimentos de natureza final (sentenças e acórdãos), em especial, no âmbito dos Tribunais.

Assim, essa dimensão do ativismo judicial expressa uma postura ideológica do órgão, singular ou coletivo, prolator da decisão (juiz, desembargador, Turma, Pleno, etc). Nas lições de Luiz Roberto Barroso

(2016, p. 89), ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.

Citando ainda Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial confere uma atitude do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, acarretando seu sentido e alcance, sendo normalmente associado a uma omissão do Poder Legislativo. O mesmo autor aduz que o referido fenômeno está associado a uma participação mais intensa do Judiciário na consecução dos fins constitucionais, mediante a interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes a fim de suprir suas omissões (BARROSO, 2016).

A identificação do ativismo judicial pode ser verificada, ainda conforme Barroso (2016), em três situações. Primeiramente, quando há a aplicação imediata da Constituição Federal em casos concretos, não expressamente consubstanciados em seu texto e à revelia do legislador ordinário. Na segunda situação, no momento em que há a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos provenientes do legislador ordinário e, finalmente, quando há a imposição de abstenções ou mesmo de limitações ao Poder Público, mediante a aplicação correta das políticas públicas.

O aludido fenômeno é uma atitude, uma escolha específica e proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo, assim, que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial, portanto, está relacionada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, na busca para a concretização dos valores e fins constitucionais.

É necessário consignar que o fenômeno do ativismo judicial não é exclusividade do Poder Judiciário brasileiro, ao contrário, é fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de seu regime jurídico romano germânico, “civil law”, no qual os juízes se atêm ao disposto na lei, diferindo, assim, do ordenamento jurídico norte-americano, berço do ativismo judicial, em razão de sua cultura anglo-saxônica do “common law”.

Segundo Barroso (2016, p. 89), o ativismo pioneiro norte-americano nasceu com uma origem conservadora, podendo ser citada como exemplo a sua utilização a fim de ser mantida a segregação racial, sendo “Na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial.”

Analisando-se o caso do Judiciário brasileiro, o avanço das instituições e competências da jurisdição constitucional, após o fim da Segunda Grande Guerra, pode ser verificado como elemento de um estágio neoconstitucionalista, tendência atual do direito nacional, cujo traço primordial é o foco no Poder Judiciário como grande ator principal, deixando de ter mero poder de inferência da lei ao caso concreto, para uma posição proativa no âmbito do estado contemporâneo.

A mencionada redefinição foi devida a uma nova engenharia constitucional positivada em várias Constituições contemporâneas, com destaque para as da Europa continental do pós-guerra, conforme Sarmiento (2009, p. 76), devido à percepção de que as maiorias das políticas perpetradas com barbárie, por exemplo, pelo nazismo alemão culminaram, dando sentido para as novas Constituições fortalecerem a jurisdição constitucional, criando método efetivo de proteção aos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador.

Assim, depois da violência institucionalizada do regime ditatorial

das últimas décadas, notadamente nas de 1960 e 1970, a República do Brasil optou por uma reformulação de seus valores, quando, em seu título inaugural, artigo 1º, inscreveu-os no sentido de consubstanciar seus fundamentos, quais sejam: (I) a soberania; (II) a cidadania; (III) a dignidade da pessoa humana; (IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e (V) o pluralismo político.

O Supremo Tribunal Federal transformou-se, assim, em Órgão de Cúpula do Poder Judiciário, possuindo a incumbência de interpretação e guarda da Constituição Federal, realizando ainda o controle concentrado de constitucionalidade e, em decorrência dos efeitos das decisões de caráter *erga omnes* e vinculante, acabando por impactar todo o ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, transcreve-se o entendimento de Cezar Peluso ao ser questionado sobre o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando

com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chamam a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos (CONJUR, 2014).

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que o ativismo judicial, no Brasil, é a concretização dos valores e princípios consubstanciados na Constituição Federal de 1988, sendo uma atuação mais presente e proativa do Poder Judiciário devido à omissão do Poder Legislativo, no que diz respeito à sua atuação legiferante, bem como em relação ao Poder Executivo, tendo em vista a ausência de políticas públicas capazes de suprir as demandas da sociedade.

2 GARANTISMO

No que diz respeito ao garantismo, a consolidação desse fenômeno é uma decorrência direta das atividades e pesquisas científicas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli (2002, p. 134) – à época, juiz vinculado à Magistratura Democrática e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Camerino -, em especial, a partir da publicação, em 1989, de *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Nesta obra, mais precisamente em seu Prefácio, Norberto Bobbio observa que a pretensão do autor é a elaboração daquilo que denomina Teoria Geral do Garantismo, tendo a obra acima ingressado rapidamente na lista dos livros jurídicos mais importantes do direito contemporâneo, convertendo-

se em um verdadeiro clássico do século XX.

A obra de Ferrajoli tornou-se fonte para os juristas na Argentina, Colômbia e no México. O garantismo foi importado durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das atuais cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sendo, sobretudo àqueles relacionados à liberdade, contra as arbitrariedades do Estado.

Muito embora a expressão garantismo possa remeter o leitor ao século XVIII – e, mais especificamente, ser associada à figura de Mario Pagano, para quem o garantismo seria, de fato, uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade potestativa do juiz -, ou ainda, aos neologismos do século XIX, sua incorporação no universo jurídico é, com efeito, bem mais recente, conforme sinaliza Luigi Ferrajoli, em entrevista concedida a Gerardo Pisarello e Ramón Suarino, em 1997, na Universidad Carlo III de Madrid; “A palavra garantismo é nova no léxico jurídico, sendo introduzida na Itália.” (FERRAJOLI, 2002).

Garantismo é uma teoria jusfilosófica, criada pelo autor Ferrajoli, no final do século XX, mas com raízes do iluminismo do Século XVIII, podendo ser entendida de três formas distintas, mas correlacionadas: como um modelo normativo de Direito, como uma teoria crítica de Direito e como uma filosofia política.

No primeiro sentido, é um sistema de vínculos impostos ao poder estatal em garantia aos direitos dos cidadãos, sendo possível falar-se em níveis de efetividade do garantismo normatizado. Na segunda forma, é uma teoria jurídica da validade e da efetividade do direito, fundando-se na diferença entre normatividade e realidade, isto é, entre Direito válido (dever ser do direito) e Direito efetivo (ser do direito), ambos vigentes. Neste segundo significado, permite a identificação das antinomias do

Direito visando sua crítica. Finalmente, garantismo é uma filosofia política que impõe o dever de justificação ético-política (dita, também, externa) ao Estado e ao Direito, não bastando a justificação jurídica (também chamada de interna). Neste último sentido, pressupõe a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, tão cara ao positivismo, e a prevalência desta última, a justificação externa. No Brasil, existe uma ênfase na aplicação penal e processual penal da teoria, agindo de modo positivista, de inferência da norma ao fato.

Assim, a Teoria Geral do Garantismo é entendida como modelo de direito, sendo baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e nas garantias fundamentais, com subordinação formal e material das práticas jurídicas aos mandamentos constitucionais. Em virtude da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito almeja superar a democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, garantidos e plenamente satisfeitos, tudo com o fito de serem efetivadas as instituições estatais.

Ferrajoli fundamenta sua abordagem, partindo do pressuposto de que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar nelas fundamentadas. O autor, no aspecto penal, destaca que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais. Assim, a ideia do garantismo é a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Cria-se, assim, uma divergência entre a normatividade e a efetividade, sendo o garantismo uma forma de ser efetivada a junção entre teoria e prática, ou seja, lei e aplicação da lei, muito embora ele tenha como ponto de partida a distinção entre ser e dever-ser, que ocorre tanto no plano externo, ou ético-político, como

também no plano interno, ou jurídico.

Os direitos fundamentais são, portanto, todos os direitos subjetivos relacionados a uma norma jurídica ou a um sujeito, observando-se que todas as classes de direito, notadamente os direitos humanos, são vinculados a uma pessoa e garantidos pelos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição. A Teoria Garantista, dessa forma, ratifica a importância da Constituição como norma superior e embasadora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição garantista caracteriza-se, destarte, como aquela que almeja a efetivação dos direitos nela previstos, culminando no controle da legislação infraconstitucional.

Quanto ao garantismo no Brasil, Cademartori (1999, p. 85-87) pretende indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais, direitos sociais e coletivos. Assim, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de “garantismo” são as defesas e tutelas de caráter jurídico, sendo, pois, instrumentos com os quais o direito assegura certo número de liberdades que são precisadas, definidas ou instituídas.

Desta forma, os direitos fundamentais devem ser garantidos em sua extensão máxima, encontrando-se, destarte, na esfera dos direitos indecidíveis, uma vez que a interpretação destes não poderá ser de forma restritiva. A Teoria Contratualista de Jonh Locke serve de fundamento para essa concepção do indecidível, tendo tido contribuições de Hobbes e Rousseau. Os aludidos pensadores entendem que, antes do Estado Civil, havia um estado de natureza. Assim, no pensamento de Locke, as leis do “estado de natureza” almejavam a resolução harmônica dos conflitos. Salo

de Carvalho (2001, p. 42) compreende que o papel do Estado defendido pelo aludido pensador era o de “vigiar e punir”, momento em que o indivíduo se ausentasse do estado natural.

Para Hobbes, o estado original era o de guerra, onde todos lutavam contra todos, prevalecendo, assim, a lei do mais forte. Para Rosseau, o estado anterior era de felicidade, sendo que todos viviam em harmonia, até o surgimento da propriedade privada. Para ambos os pensadores os direitos individuais eram alienados para o Estado e o indivíduo só os teria de volta caso fossem reivindicados, estando subordinado, assim, à vontade do Estado para que seu direito fosse garantido e devolvido (CADEMARTORI, 1999).

A partir da análise acima, a criação do Estado não era de um ente pleno, mas de atuação relacionada à conformação dos direitos já existentes, estando, destarte, conectados pelos direitos preexistentes. Referido Estado Garantidor passa a endossar direitos inalienáveis, mas, ao mesmo tempo, limita os direitos individuais quando em colisão com os direitos coletivos. Desta forma, os direitos fundamentais passam a limitar o Poder Legislativo e a orientar o Poder Judiciário.

Alexandre Morais da Rosa (2003, p. 56) aduz que a tutela dos direitos fundamentais, constante na Constituição Federal de 1988, representa a base da existência do Estado Democrático de Direito, sendo a Teoria Geral do Garantismo, fundada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

Esta visão olvida que o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades

equivocadas das partes, advogados e juízes e, de outro, garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas. (NUNES, 2012, p. 208)

O Direito Penal, assim, deve esmerar-se pela intervenção mínima e eminentemente tutelar as relações sociais. Assim, é de suma importância destacar a Teoria do Garantismo penal escrita por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002). Em sua Obra, *Direito e Razão*, o termo garantismo está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, uma das bases do Direito Penal Brasileiro.

Não obstante, busca aproximar o conceito de validade do conceito de efetividade. Assim, para que uma pena seja justa e razoável, ela deve ser tão próxima dos princípios que norteiam o Direito Criminal, quanto o Direito deve ser da sociedade. O garantismo objetiva realizar a aplicação dos princípios da legalidade; do princípio da extra-atividade da lei penal mais favorável; do princípio da individualização da pena; do princípio da responsabilidade pessoal; do princípio da limitação das penas e do princípio da presunção de inocência, destituindo, destarte, a pena de seu caráter apenas retributivo.

Em seu livro *Derecho y Razón*, Ferrajoli apresenta um modelo de aplicação da lei penal adjetiva, visando à ampliação da liberdade do homem em detrimento da diminuição do poder estatal, minimizando o *jus penales puniendi*, tornando-se uma solução para a antítese entre liberdade do homem e poder estatal.

Conceitua-se, assim, o garantismo penal como modelo de direito consistente em uma liberdade regrada, sendo o meio-termo entre o abolicionismo penal e o Estado liberal. Ferrajoli prega, em sua

Doutrina, que algumas técnicas deverão ser utilizadas no processo de minimalização do poder institucional: o aplicador do direito deve valer-se da consagração de dez axiomas, princípios norteadores do Direito Penal.

O garantismo penal não se configura, pois, como uma doutrina distante de ser efetivamente concretizada no mundo jurídico atual, uma vez que existem movimentos penais e criminológicos que ostentam a essência fenômeno, sendo a escola do Direito Penal Mínimo sua maior representante entre seus defensores.

A Teoria de Ferrajoli, desta feita, funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal, sendo que uma norma somente será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico. Assim, Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade, sendo que, para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para sua verificação.

3 A APLICAÇÃO PELO JUIZ DE MEDIDA DIVERSA DA ESTABELECIDADA EM SENTENÇA JUDICIAL CONDENATÓRIA: ATIVISMO E GARANTISMO JUDICIAL?

De acordo com a Lei de Execução Penal, Lei nr. 7.210/84, em seu art. 112, a execução da pena privativa de liberdade será efetivada de forma progressiva com a transferência para regime de pena menos gravoso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e possuir bom comportamento carcerário.

De acordo com a legislação pátria, os regimes de execução de pena consistem no fechado, semiaberto e aberto, conforme os artigos 34, 35 e 36, do Código Penal. Não obstante, pela mais absoluta carência de vagas em todos os tipos de regimes de penas, no Brasil, juízes e Tribunais estabelecem regime de pena mais brando, enquanto não houver vaga em estabelecimento prisional que atenda a todos os requisitos da LEP.

Inúmeros exemplos podem ser citados, como o decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus (HC nr. 113334), seguindo voto-vista apresentado pelo ministro Dias Toffoli, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a fim de garantir o direito a um preso de cumprir a pena em regime mais brando, ou seja, no regime aberto, se não houver vagas em colônias agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Referido ministro destacou que o preso não pode ser prejudicado pela falta do Estado em fornecer estabelecimento prisional adequado que atenda a todos os requisitos constantes na Lei de Execução Penal (CADEMARTORI, 1999).

Outros precedentes podem ser citados como forma de constrangimento ilegal evidenciado quando existe a manutenção do preso em regime mais gravoso, no momento de ausência de vaga específica no sistema prisional. Referidos precedentes são: HC 93596, Relator Min. Celso de Mello, segunda Turma, DJE de 07/05/2010; HC 110892, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE de 18/05/2012 e HC 94829, Relator Min. Cármen Lúcia, sendo todos no sentido de ser concedida liminar para determinar a remoção do paciente a estabelecimento compatível com o regime aberto ou, na impossibilidade, em prisão albergue domiciliar, enquanto não disponibilizada colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal

Federal, matéria que será objeto no Recurso Extraordinário 641320 RG/RS, analisa-se a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário de menor gravidade, tendo em vista a impossibilidade de o Estado oferecer vagas para o cumprimento no regime originariamente fixado no âmbito da condenação penal.

O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPE-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho (TJ-RS). O TJ-RS concedeu a um condenado, em regime semiaberto, o cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, enquanto não houver vaga em estabelecimento prisional, de acordo com os requisitos estabelecidos na Lei de Execução Penal (LEP).

No aludido Recurso, o MPE-RE sustenta a violação aos artigos 1º, inciso III e art. 5º incisos II, XLVI e LXV, da Constituição Federal. Argumenta que a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto, que atenda aos requisitos estabelecidos na Lei de Execução Penal, “não autoriza, por si só, o Poder Judiciário conceder o benefício da prisão domiciliar, além das hipóteses contempladas em lei, devendo o recorrido cumprir pena da mesma forma que cumprem os outros sentenciados em idêntica situação, sob pena de afrontar o Princípio da Legalidade.”

Conforme o Ministério Público do Rio Grande do Sul, a prisão domiciliar foi concedida ao sentenciado de forma abstrata e genérica, sem a devida e necessária especificidade do caso concreto, ofendendo, assim, o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que padroniza as penas e iguala os desiguais.

O MPE-RS sustenta que os requisitos estabelecidos legalmente para o deferimento da prisão domiciliar, previstos no art. 117 da LEP, objetivam atender situações particulares que demandam a aplicação de tal

regime prisional, mas não pode ser concedido de forma indiscriminada a qualquer apenado, como tem sido feito pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, o autor do recurso finaliza sustentando que, ao desconsiderar os requisitos legais necessários à concessão da prisão domiciliar, deferindo somente àqueles que não os preenchem, o órgão fracionário deixa de conferir a cada um o que lhe é devido, contrariando, assim, o princípio constitucional da individualização da pena.

Já a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul argumenta que a progressão do regime de pena decorre dos princípios da individualização e da humanização daquela, sendo, assim, direito subjetivo do sentenciado, alegando que este não pode permanecer em regime mais gravoso, em virtude da ausência de planejamento estratégico do sistema penitenciário, no intuito de que sejam providenciados estabelecimentos penais adequados para o cumprimento das penas e aplicar o constante na Lei de Execução Penal.

O relator do caso acima, ministro Gilmar Mendes, pronunciou-se pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, consubstanciando que, no caso, a controvérsia está em determinar se as questões constitucionais invocadas autorizam o cumprimento da pena em regime carcerário de menor gravidade, em relação à impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o efetivo cumprimento no regime originariamente estabelecido na condenação penal.

Para o referido ministro, a aludida discussão alcança um grande número de interessados, havendo necessidade da manifestação da Corte Constitucional com o fito de que seja pacificada a matéria. Gilmar Mendes lembrou que, no âmbito da jurisprudência do STF, existem posicionamentos divergentes sobre o assunto, como é o caso do Recurso

Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 82329, Reclamação (Rd) 1950 e dos Habeas Corpus (Hcs) 94810 e 94526, sendo o tema de relevância jurídica e social, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, restando, destarte, configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido de que a omissão do Estado em fornecer as vagas suficientes para o cumprimento do regime semiaberto confere ao sentenciado, que tem direito a ele, que seja oferecido o regime aberto ou, em face da sua ausência, a prisão domiciliar.

O fundamento utilizado para as referidas decisões é, justamente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, vez que o apenado não pode ser punido duas vezes quando do cometimento de um delito. Primeiramente, quando à sua pessoa é aplicada uma pena privativa de liberdade e, depois, no momento em que não há estabelecimento penal apropriado para o cumprimento da pena imposta. Ao sentenciado não é justo cumprir a sua reprimenda em regime mais gravoso pelo fato de o Estado não possuir vagas apropriadas, conforme a Lei de Execução Pena, quando, por exemplo, progride do regime fechado para o semiaberto, permanecendo, na prática, no regime fechado, uma vez que não existem colônias penais ou agrícolas na maioria dos estados brasileiros.

Quando o juiz ou Tribunal concede regime mais benéfico de pena para o apenado por absoluta ausência de vagas no Sistema Penitenciário, entende-se que referida decisão é considerada ativista, uma vez que a Lei de Execução Penal não prevê a aludida hipótese de forma expressa, em nenhum artigo de lei. Assim, o Órgão Judicante está indo além do consubstanciado na legislação, exercendo postura proativa em face da problemática posta à sua análise.

Igualmente, o órgão do Judiciário está exercendo o garantismo, no momento em que concede ao apenado o direito subjetivo de cumprir a sua pena em regime menos gravoso, em face da ausência de vagas específicas, no âmbito do sistema penitenciário. Referidas decisões judiciais objetivam aplicar os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, como o da dignidade da pessoa humana, o de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e o de que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, na medida em que concede ao apenado a garantia de que ele não cumprirá a sua pena em regime de pena mais prejudicial do que o que foi imposto em sua sentença condenatória.

O ativismo judicial é, assim, aplicado, no caso concreto acima, para alcançar o garantismo, no momento em que o órgão do Poder Judiciário aplica medida diversa, como prisão domiciliar, trabalho externo ou monitoração eletrônica, quando da ausência de vagas em regime específico de pena, haja vista que o apenado não pode e nem deve ser penalizado duplamente: a uma quando é aplicada ao mesmo uma sanção penal para ser cumprida de acordo com a progressão do regime de pena disposto na LEP e, posteriormente, quando, por exemplo, atinge o momento para progredir para o regime semiaberto e o preso continua no fechado por absoluta ausência de vagas no regime a ser alcançado pela progressão.

Desta forma, o juiz da Execução Penal é ativista, pois aplica medidas diversas das previstas na LEP, repete-se, quando concede, por exemplo, ao apenado do regime semiaberto um trabalho externo com monitoração eletrônica e, da mesma forma, garantista, pois não é justo que o sentenciado seja prejudicado na execução de sua pena pela mais absoluta ausência de planejamento estratégico, no âmbito do sistema

penitenciário.

CONCLUSÃO

O garantismo penal busca a plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais consubstanciadas na Constituição Federal de 1988. Os princípios da humanização, da individualização da pena e da progressão de regime são decorrentes daqueles, traduzidos como direito subjetivo do apenado.

A ausência de políticas públicas no âmbito do sistema penitenciário local e brasileiro, no que tange à construção e manutenção de estabelecimentos penais específicos para cada regime de pena, não pode nem deve justificar a manutenção do apenado em regime de pena mais gravoso. E no momento em que o Poder Judiciário reconhece tal problemática, revela o garantismo, assegurando, assim, os direitos fundamentais do preso consubstanciados na Carta Constitucional de 1988, ao determinar judicialmente outras medidas de cumprimento de pena, que sequer estão previstas na legislação vigente.

O garantismo penal decorrente da adoção de medidas de cumprimento de pena diferentes das estabelecidas na sentença é alcançado através do ativismo judicial, ou seja, este último resulta da ação do Poder Judiciário quando confere ao apenado regime de pena diverso do aplicado em sua progressão de pena pela absoluta ausência de vagas específicas no sistema penitenciário, vez que, no âmbito da Lei de Execução Penal, não há previsão legal expressa autorizadora no intuito de o órgão Judiciário atuar neste sentido, traduzindo, destarte, uma postura proativa.

Neste sentido, o ativismo judicial representa um instrumento

de execução do garantismo penal e, especificamente, no caso analisado na presente pesquisa, ambos, ativismo e garantismo, ou ativismo para o garantismo, têm como escopo a concretização do direito fundamental da dignidade da pessoa humana do preso, no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Marco Túlio Fernandes. **Uma análise crítica acerca da teoria do garantismo penal à luz das concepções de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010073010303975&mode=print>. Acesso em: 30 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

BOSCHI, Jose Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641320**. Autor: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Réu: Tribunal de Justiça Gaúcho. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183955>>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Ação Civil Pública**

nº 0174564-59.2013.8.06.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Ceará. Réu: Estado do Ceará. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0100061810000&processo.foro=1>>. Acesso em: 30 out. 2015.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e Legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Almedina: Coimbra (PT), 2000.

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

CONJUR. **STF enfrenta polêmicas com independência, diz Peluso.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>>. Acesso em: 30 out. 2015.

DOIN, Guilherme Augusto; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Ativismo jurídico dos Direitos Humanos:** as organizações não-governamentais e o sistema interamericano. Revista Eletrônica Direito e Política ISSN 1980-7791 B3 Qualis Direito CAPES.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da Violência nas Prisões. São Paulo: Vozes, 2007.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil.** In: Revista do Processo. Ano 33.nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out/2008.

MENDES, Gilmar. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In:

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos Fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (PT): Coimbra editora. 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. **A Corte interamericana e a proteção dos Direitos Humanos**. XV Encontro Preparatório para Congresso Nacional – Recife – 15,16 e 17 de junho de 2006.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** (Teoria Geral do Direito). Florianópolis: Habitus, 2003.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; OLIVEIRA, Bruno Queiroz; VASQUES, Leandro Duarte. **30 Anos da Lei de execução penal: evolução Doutrinária, Jurisprudencial e Legislativa**. Florianópolis: Editora Conceito. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade**. Revista de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/artigos-em-revistas-cientificas.php>>. Acesso em: 30 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (PT): Coimbra editora. 2009.

SILVA, Cecília de Almeida. et. al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 13.

STRECK, Lênio Luiz Streck. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEBET, Diogo. **Processo penal e ativismo judicial: supremo Tribunal Federal e a proteção à dignidade humana**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv>>. Acesso em: 30 out. 2015.

Como citar: PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; BARBOSA, Camila Gomes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A aplicação pelo juiz de medida diversa da estabelecida em sentença judicial condenatória: uma análise do ativismo e do garantismo judicial. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 13, n. 1, p. 14-41, abr. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p14. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/06/2016

Aprovado em: 01/03/2018