

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GEFFESON DOS RAMOS MAXIMINO

A PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA COMO INSTRUMENTO DE
RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO
PROVISÓRIO.

SOUSA
2014

GEFFESON DOS RAMOS MAXIMINO

A PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA COMO INSTRUMENTO DE
RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO
PROVISÓRIO.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Esp. Carla Rocha Pordeus

SOUSA

2014

GEFFESON DOS RAMOS MAXIMINO

A PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA COMO INSTRUMENTO DE
RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO
PROVISÓRIO.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a Carla Rocha Pordeus

Banca Examinadora:

Carla Rocha Pordeus

Orientadora

Monnizia Pereira Nóbrega

1^a Examinadora

Jardel de Freitas Soares

2^o Examinador

Este trabalho é dedicado àqueles juízes
que compreendem que seu compromisso vai
muito além de um ato de julgar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre esteve ao meu lado, permitindo que eu chegasse até aqui e que proveu o sustento da minha vida, em todos os sentidos, desde sempre, dando-me a graça de poder realizar este trabalho e concretizar um sonho que parecia tão distante. A Ele toda a honra, toda a glória e todo o louvor.

À minha orientadora, Carla Rocha, pela atenção dada, pela cooperação no desenvolvimento das ideias e por me dar ânimo para continuar fazendo o melhor, mesmo em meio a suas preocupações pessoais não se limitou em propiciar a devida atenção.

Aos meus pais. A ele, meu pai, pela ajuda indireta em despertar o desejo de conquistar o melhor para mim e nossa família. À minha mãe, que desde cedo lutou incondicionalmente para que eu concluísse tamanha etapa em minha vida. Suas orações, estou certo de que foram todas ouvidas por Deus, pois estão se concretizando. A cada dia convenço-me de que a senhora é a representante de Deus para cuidar de mim aqui na Terra e fazer com que eu siga adiante e alcance muito mais. Amo você incondicionalmente. Obrigado por sempre acreditar em mim.

À minha irmã que me admira e que me tomou como exemplo na busca pelos seus sonhos.

Aos meus amigos que desde sempre acreditaram no meu sucesso e que contribuíram expressivamente para sua concretude, em especial dra. Luciana Celle, com quem tive a honra de trabalhar, a qual presenteou-me com a sugestão deste tema, preocupando-se com o desenvolvimento das ideias e apresentando dicas para melhor instruí-lo; bem como a Eligidério Gadelha que, mesmo nas horas mais impróprias, não se negou a compartilhar seus conhecimentos constitucionais para abrilhantar meu estudo.

Aos mais que amigos, irmãos por eleição, Erick Lemos, que colocou-me à disposição sua biblioteca digital para a pesquisa de informações, e Luzinaldo Alexandre que forneceu-me ideias que melhoraram significativamente a fundamentação deste trabalho.

Ao meu “paistor”, José Ribamar, que me têm como filho e eu como pai, que nunca duvidou de que eu pudesse superar mais este desafio. Obrigado pelas orações.

Aos demais amigos, sinceros e companheiros, obrigado por tudo!

“Na maioria dos casos, forças e fraquezas são dois lados da mesma moeda. Uma força em uma situação é uma fraqueza em outra, mas frequentemente as pessoas conseguem trocar as marchas. É uma coisa muito sutil falar sobre forças e fraquezas porque elas sempre são a mesma coisa.”. (Steve Jobs)

RESUMO

A realidade do sistema prisional brasileiro tem caminhado em descompasso com o que prevê a legislação pertinente ao caso, qual seja, a Lei de Execução Penal, uma vez que para o Estado alcançar a excelência nesse tipo de prestação de serviço, necessário se faz a atividade conjunta dos três poderes da República. Longe de se obter esse tipo de cooperação, por razões obscuras da própria Administração Pública, o Poder Judiciário se vê na obrigação de adotar medidas que sejam capazes de, pelo menos, amenizar o caos prisional, a exemplo da concessão de uma progressão virtual da pena a presos provisórios, quando a situação carcerária dessa classe de detentos ultrapassa a barreira da legalidade, gerando uma avalanche de violações a diversos princípios de ordem constitucional. Tal benefício causou certo incômodo no âmbito jurídico, com muitos comentários – muitas vezes sem coerência e fundamento –, alguns em concordância, outros criticando a sua aplicação. O presente trabalho científico, através do método hipotético-dedutivo, analisa o ordenamento jurídico pátrio na intenção de verificar os fundamentos que justificam a concessão do mencionado benefício, discutindo acerca de seus efeitos jurídicos e sociais, em detrimento da prevalência dos direitos e garantias fundamentais consignados na Constituição Federal, para então afirmar que a progressão virtual da pena representa um grande avanço para o Processo Penal brasileiro, impulsionando a atividade judiciária à conformidade constitucional, rompendo com paradigmas ultrapassados e estabelecendo uma nova ordem de legalidade, isonomia e proteção aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pena. Progressão virtual. Presos. Provisórios. Direitos.

ABSTRACT

The reality of the Brazilian prison system has been moving in step with providing pertinent to the case, namely the Criminal Sentencing Act legislation, once for the state to achieve excellence in this kind of service, necessary to make the activity together the three branches of government. Get away from this kind of cooperation, for obscure reasons of public administration itself, the judiciary sees the obligation to adopt measures that are able to at least soften the prison chaos, such as the granting of a virtual pen progression the temporary prisoners when the prison situation of this class of inmates exceeds the barrier of legality, generating an avalanche of violations of various principles of constitutional order. This benefit caused some nuisance in the legal framework, with many comments - often incoherently and foundation - some in agreement, others criticizing its implementation. This scientific work through hypothetical-deductive method, analyzes the national legal system in order to verify the grounds for granting the benefit mentioned, discussing about their legal and social effects, rather than the prevalence of fundamental rights and guarantees enshrined the Federal Constitution, to then say that the virtual pen progression represents a major breakthrough for the Brazilian Criminal Procedure, boosting judicial activity to constitutional compliance, breaking with old paradigms and establishing a new order of legality, equality and protection of fundamental rights.

Keywords: Pen. Virtual progression. Prisoners. Provisional. Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	12
2.1 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2 CONFLITOS APARENTES DE REGRAS E COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS	15
2.3 EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	18
3 DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E DA EXECUÇÃO PENAL	23
3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E EXECUÇÃO PENAL	25
3.2 DA COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL	27
3.3 EXECUÇÃO PENAL E VICISSITUDES.....	28
4 PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA	35
4.1 LIBERDADE PROVISÓRIA versus PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA.....	36
4.2 ATIVISMO JUDICIAL E GARANTISMO PENAL	38
4.3 MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
4.4 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA.....	43
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47
ANEXO	50

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui a 4ª maior população carcerária do mundo, em razão de uma política criminal escassa vigente na sociedade, que opta pela prisão ao invés da aplicação de alternativas viáveis e de maior efeito sobre aquele que porventura venha a praticar uma infração penal, desencadeando uma série de atos que causam desrespeito aos direitos fundamentais.

O trabalho em epígrafe terá por finalidade a problematização carcerária enfrentada pelo Brasil, frente à atual realidade jurídica que atravessa o país, onde a escassez de alternativas tem contribuído para o agravamento da situação.

A escolha do tema advém da junção de dois elementos: a necessidade de mudanças na política criminal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, incapaz de frear o crescimento da criminalidade, através do desejo de algo que possa, se não resolver, ao menos reduzir o drama vivido pelo sistema penitenciário como um todo; e o debate de um tema novo e desafiador.

A metodologia desenvolvida neste estudo foi baseada no método de abordagem hipotético-dedutivo, bem como utilizando-se do método de procedimento histórico, bibliográfico, exegético-jurídico, e estudo de caso a partir da sentença proferida em sede de Ação Penal que tramitou na Comarca de Guarabira, Paraíba, com fundamento nos princípios constitucionais que norteiam a legislação brasileira, identificando os elementos basilares do Processo Penal e da Execução Penal, com o objetivo de extrair, do cerne do ordenamento jurídico pátrio, as bases para a instituição da progressão virtual da pena.

Por se tratar de um tema inédito, uma vez que sua aplicação até hoje resumiu-se no âmbito de uma única comarca de entrância intermediária, o tema baseia-se apenas em princípios constitucionais, sem qualquer doutrina publicada a respeito, o que causou considerável dificuldade quanto à delimitação do assunto em questão, tendo em vista que, por ser novo, surgem muitas questões controversas, além de vários entendimentos divergentes que deverão insurgir dos debates a serem formulados daqui para frente.

O trabalho partirá de uma explanação acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais, diferenciando regras de princípios, bem com a solução para

seus conflitos e colisões, demonstrando que os princípios deverão prevalecer, e por serem fundamentais à sobrevivência humana, deverão ser aplicados com a máxima amplitude possível, dentro das possibilidades jurídicas elencadas pela própria Constituição Federal, aderindo, quando necessário, à teoria Limite dos limites.

A seguir, buscará tratar com relação às normas processuais, competência criminal, enfocando a execução penal, a qual está atrelada ao caos penitenciário do país, elencando os principais problemas vivenciados pelo sistema.

Na terceira parte, será apresentada a progressão virtual da pena, sua origem, suas bases teóricas e motivos que ensejam na sua aplicação, demonstrando que o instituto apresenta profunda conformidade com o ordenamento jurídico, mas que deve exercer a devida cautela em sua aplicação, a qual ocorrerá mediante pressupostos que, se identificados, contribuirão para a concretização do benefício em determinadas situações prisionais.

Finalmente, será concedida a oportunidade de fazermos breves reflexões sobre algumas questões que têm sido levantadas a respeito da viabilidade e necessidade de aplicação da progressão virtual da pena.

Espera-se que este trabalho venha cooperar com os debates a respeito do tema, lançando luz sobre a matéria e auxiliar no combate às violações de direitos fundamentais no âmbito dos presídios de todo o Brasil, propiciando uma nova realidade jurídica em matéria de execução de pena.

2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais inseridas no corpo de Carta Política de 1988 mostram-se de maneira essencial na regulação da vida em sociedade, motivo pelo qual seu estudo é de ímpar relevância para este trabalho, posto que são os princípios, valores consagrados na ordem jurídica vigente, responsáveis por traçarem os rumos para se alcançar uma sociedade justa, ou ao menos, o mais próximo do que se entende por Justiça.

Um Estado Democrático de Direito é considerado como tal a partir do momento em que o povo se submete à imposição da lei, de forma igualitária, independentemente de sua posição social. Lei esta nascida e estruturada de acordo com princípios basilares, aqueles que servem de norte e conseqüentemente validade para todo um ordenamento jurídico. São os chamados princípios fundamentais, que por sua própria definição remete à ideia de fundamento, a estrutura para toda uma obra, neste caso, a ordem jurídica vigente numa determinada sociedade.

Os princípios fundamentais do direito ganharam destaque no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, implementada após anos sob os efeitos de um Estado ditatorial que desrespeitou direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, cujo período contribuiu para que uma nova realidade jurídica surgisse no país, indicando valores e princípios, e em observância a eles, nascesse a Carta Magna que hoje se encontra em vigor.

Até 1988 não se mensurava o tamanho efeito que tais normas poderiam causar, isto é, não era possível visualizar até que ponto um princípio alcançaria para otimizar os seus resultados. Hoje, percebe-se que a segurança jurídica tão almejada e a realização da justiça não seria possível sem a observância dos princípios fundamentais. Falar em princípios é saber que eles têm o poder de desfazer toda uma ordem jurídica se não forem respeitados e observados, afinal, princípio é a origem, o início, conforme Luís Diez Picazo *apud* Bonavides (2002, p. 228-229) “designa as verdades primeiras”, bem como têm os princípios, de um lado, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito positivo” e, de outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

Assim, princípios, do ponto de vista jurídico, são preceitos de caráter universal que toda sociedade organizada deverá seguir, servindo até mesmo como parâmetro para a preparação de uma constituição, o que indica que eles precedem a própria existência de uma lei maior.

No Brasil, quando na elaboração da CF/1988, o legislador constituinte teve o cuidado em adotar princípios essenciais para a sustentação de um Estado Democrático de Direito, garantindo assim direitos fundamentais e ao mesmo tempo assegurando normas fundamentais para a concretização desses direitos, haja vista que não haveria sentido a previsão de um direito sem a existência de uma norma que o assegurasse, conforme registra Alexy (2008, p. 47), “sempre que alguém possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito”. Percebe-se, desta forma, que o direito fundamental não se confunde com a norma, conforme será esclarecido no decorrer deste trabalho.

2.1 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição mais aceita do que seja norma de direito fundamental é a de Alexy (2008), que inovou o pensamento jurídico explicando em suas pesquisas que norma, de um modo geral, é todo enunciado que permite, proíbe ou ordena a fazer algo. Adiante, o mencionado jurista finalmente definiu norma de direito fundamental como aquele enunciado que estiver consignado no corpo de uma Constituição. No entanto, nem toda norma fundamental outorga um direito fundamental e para superar a lacuna, Schmitt (1996) completa que não basta a previsão constitucional, mas que as normas asseguradoras de direitos fundamentais deveriam estar pautadas nos fundamentos do Estado liberal, a exemplo da liberdade e dignidade da pessoa humana, representando verdadeiros mecanismos de defesa e liberdade individual perante o Estado.

No Brasil, os constituintes adotaram um critério mais formal no intuito de especificar na Carta Magna quais os enunciados garantiriam direitos subjetivos, conforme se identifica pela expressão *dos direitos e garantias fundamentais* no título do artigo 5º. Mas não se trata de um rol exaustivo, pois ao longo da Constituição

verificam-se tantos outros enunciados conexos aos do mencionado dispositivo. Nesse norte, diante da complexidade que envolve o assunto e visando esclarecê-lo melhor, necessário se faz diferenciar regras e princípios.

Regras e princípios são espécies do gênero norma e são assim considerados porque ambas expressam o *dever ser*. Vale ressaltar que a elevação dos princípios ao status de norma jurídica deve-se à visão Pós-positivista, nascida após os episódios ditatoriais onde toda espécie de crimes contra a humanidade foram praticados. A Segunda Guerra Mundial é o mais triste dos acontecimentos, pois encontrou no Positivismo Jurídico a justificativa para as barbáries que violaram os Direitos Humanos dos judeus daquela época. A partir de então, viu-se a necessidade de aproximar o direito da moral, cujo pensamento pós-positivismo passou a influenciar vários estudiosos do Direito.

A distinção entre regras e princípios é importante para a compreensão dos direitos fundamentais, bem como para a busca de soluções diante da problemática envolvendo direitos humanos. Alguns critérios para a distinção entre essas espécies de normas podem ser utilizados, a começar pela generalidade, sob o qual as regras são normas com nível relativamente baixo, pois regulam determinadas situações, especificamente as que se assemelham ao fato gerador da norma, enquanto os princípios possuem um nível relativamente alto de generalidade, plenamente aplicável a tantas situações, indistintamente. Menciona-se também o critério da abstração, onde as regras também dispõem de um nível relativamente baixo e os princípios relativamente alto. E há ainda outros critérios utilizados para diferenciar regras de princípios, como o da aplicabilidade e o do valor. No entanto, pela distinção feita por Alexy (2008) verifica-se que regras e princípios estão separados pelo critério qualitativo e não somente de grau.

Discorre o jurista alemão que regras são normas que buscam a satisfação ou não de um direito, dentro dos limites que a prescreve. A regra será simplesmente aplicada ou não ao caso concreto, isto é, se a situação adequar-se na exata medida prevista pelo legislador. Nem mais, nem menos, tudo dentro das determinações precisas pelas quais a mesma é válida e vigorante. Não há espaço para incertezas. Por sua vez, os princípios possuem como característica principal a otimização de seus resultados, ou seja, busca-se de forma ampla, dentro dos parâmetros do que é juridicamente fático e possível esgotar todas as possibilidades visando a aplicação do princípio, inclusive interferindo uns nos outros, ou aplicando-os em graus

diferentes. Não há dependência das possibilidades genericamente concretas, ou reais. Nas palavras de Alexy (2008, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Amaral Júnior (1993) também contribuiu para diferenciar regras de princípios, nos seguintes termos:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações.

Na busca pela identificação dos efeitos que a norma pode causar na vida fática, a diferença entre normas e princípios mostra-se de suma importância, em razão da estrutura diferenciada de ambas, motivo pelo qual, seus conflitos ou colisões apresentarão soluções diversas, que poderão insurgir no afastamento total de uma das regras, na escolha do princípio de maior valor ou na aplicação ponderada de dois ou mais princípios.

2.2 CONFLITOS APARENTES DE REGRAS E COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

Diferenciar regras e princípios torna-se mais fácil diante dos conflitos entre regras e colisões entre princípios.

Ao se deparar diante de um conflito de regras, o intérprete da lei buscará apenas a sua aplicação. Nesse impasse, a incidência da norma se dará na maneira do “tudo ou nada, é ou não é”. Se há uma exceção, deverá estar expressa na

própria norma através de cláusula, caso contrário, deverá uma das regras ser declarada inválida, face à inadmissibilidade de existência de duas regras com consequências contraditórias.

Por outro lado, a colisão entre princípios resolve-se de forma distinta. Ao colidirem, não significa dizer que um dos princípios seja inválido, nem que deverá ser inserida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que se identifica é que diante do caso concreto, um determinado princípio tem prevalência em face do outro. Não há de se falar em contradição, pois estariadando margens para questionar a própria validade da Constituição, já que esta é formada, em sua maioria, por princípios. Busca-se a solução na dimensão do peso, conforme apontado por Alexy (2008). Na solução de conflitos envolvendo bens constitucionalmente protegidos, há de se identificar qual princípio pesa mais diante daquela situação, sendo que a não aplicação de um deles não irá declarar a sua invalidade. Conforme dito por Mendes (2012, p. 98), “nada impede, assim, que em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer”. Acerca do tema, Bonavides (2010, p. 283) elaborou em seu estudo:

[...] o princípio cuja a aplicabilidade ao caso concreto se viu recusada por ensejo da ponderação estimativa de valores, bens e interesses levados a cabo pelo intérprete, continua a circular válido na corrente normativa do sistema, conservando intacta a possibilidade de aplicação futura.

Canotilho (1986), acerca da ponderação de princípios, leciona que deverá o aplicador avaliar os bens conflitantes. Ponderar significa sopesar, isto é, no caso concreto cabe ao intérprete-aplicador identificar qual dos princípios tem peso e maior valor, uma vez que a técnica do sopesamento é o caminho para a obtenção de uma solução justa diante da colisão de princípios.

Para alcançar essa solução, necessário se faz invocar o princípio da proporcionalidade, responsável por regular a relação consistente entre o fim desejado e os meios utilizados, devendo estes serem proporcionais, não excessivo. Desta forma, o mencionado princípio ocupa papel significativo na proteção dos direitos fundamentais e também na sintonia de interesses, mesmo entre princípios e direitos fundamentais, conforme afirmou Cristovám (2006, p. 211) em seu estudo sobre as colisões entre princípios constitucionais:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Havendo concorrência ou conflito entre dois princípios, a proporcionalidade não seria um terceiro que merecesse ser ponderado, mas este seria a própria ponderação para resolver a colisão. Trata-se de uma adequação de um ou vários princípios à situação, e reconhecer a proporcionalidade como um critério para efetuar a aplicação normativa, ao invés de somente um princípio. Já que a Constituição propõe diversos direitos e garantias individuais, surge o dever de ponderação, considerando que a solução para futuras colisões principiológicas somente acontecerá mediante a observância da proporcionalidade. Sendo assim, de acordo com Mendes (2011, p. 27):

O princípio da proporcionalidade – também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso – constitui exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso”, no cerceamento de tais direitos. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais, de maneira a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integra o mencionado princípio.

Complementa Barroso (2006, p. 286) ao afirmar que:

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se *"de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim"*.

Ainda no objetivo de solucionar colisões entre princípios, é importante mencionar a Teoria “Limite dos limites”, introduzida no Brasil através do ex-ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, que diante do problema envolvendo dois ou mais

princípios, busca-se a preservação do núcleo essencial das normas fundamentais. Na elucidação do tema, Mendes (2009, p. 41) menciona que:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Apesar de surgida na Alemanha, aos poucos a referida teoria vem sendo introduzida no Brasil e de acordo com alguns julgados do Supremo Tribunal Federal¹, demonstra ser eficaz. Sua ação constitui claramente na busca pela otimização dos princípios fundamentais que, em suma, diante da colisão entre normas fundamentais, deve ser adotada a técnica da ponderação, conforme já mencionado. Porém, nessa técnica deverá ser analisado qual norma deve prevalecer, sendo que não se pode extirpar a outra, haja vista que todo princípio tem um núcleo mínimo que deve prevalecer. Daí se conclui que um princípio poderá ser mitigado em relação a outro, mas ambos coexistirão no caso concreto.

2.3 EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é a maior lei de um Estado, que trata sobre a organização e estruturação do próprio Estado. Do ponto de vista sociológico de Lassale (*apud* Lenza, 2013, p. 109), “é a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade”. Afirmou Silva (2012) que Constituição só se refere à decisão política fundamental, quer dizer, estrutura e órgãos dos Estados, direitos individuais, democracia, enquanto as leis constitucionais referem-se aos dispositivos normativos

¹No julgamento da ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, Plenário, DJ de 3-2-06, restou consignado no voto do relator que quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

inseridos no texto da Constituição. Ora, conforme já mencionado, não basta que uma norma esteja no corpo da Constituição, mas que trate de direitos fundamentais, direitos estes necessários à própria sustentação do Estado Democrático de Direito.

Assim, o princípio da força normativa da Constituição remete à ideia de eficácia das normas constitucionais. Toda norma constitucional obrigatoriamente deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de ser configurada como letra morta. Uma Constituição não determina apenas o *ser*, isto é, os princípios fundamentais que indicam a formação do Estado, mas um *dever ser*, expressando a realidade jurídica do Estado, em conformidade com a realidade social. Não se pode ignorar a eficácia das normas constitucionais. Se elas estão inseridas na Carta Política, há motivos para tal e o intérprete-aplicador deverá interpretá-la de maneira que garanta maior eficácia e permanência destas normas.

Neste prisma, surge o princípio da máxima efetividade das normas que atenta para o fato de que o intérprete deve expandir sua interpretação, especificamente relativo aos direitos fundamentais, proporcionando-os maior eficácia. Por isso Canotilho (1986, p. 227) adverte que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Destaca o referido autor que o mencionado princípio, apesar de ser aplicável a toda norma constitucional, executa-se com maior relevância na seara das normas constitucionais programáticas e no círculo dos direitos fundamentais.

Todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídicas. Dizer que uma norma atua no plano jurídico e social é o mesmo que explicar que a lei, por si e independentemente de qualquer complemento, produz efeitos nas relações concretas. Por outro lado, ao dispor de eficácia apenas no plano jurídico, significa que a norma constitucional dependa de outros complementos, seja uma outra norma, ou até mesmo um costume.

De acordo com Silva (2012), as normas podem ser de eficácia plena, contida ou limitada. É a tríplice característica das normas constitucionais que trata acerca de sua eficácia e aplicabilidade. Sendo assim, para o mencionado autor, as normas de eficácia plena não necessitam de nenhum complemento e passam a produzir seus efeitos no momento de sua entrada em vigor. Independentem de uma lei que venha mediar os seus efeitos e não admitem que uma lei posterior venha a restringir o seu alcance. É o caso do art. 2º da CF/88 que diz: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

As de eficácia contida, embora não precise de qualquer regulamentação para ser alcançada por seus receptores, também têm aplicabilidade direta e imediata, não precisando de lei para mediar os seus efeitos, de acordo com Silva (2012). Podem ter o seu alcance restringido pela superveniência de uma lei infraconstitucional. Enquanto não editada essa lei, a norma permanece no mundo jurídico com sua eficácia de forma plena. Tem-se como exemplo o art. 5º, inciso XIII, da CF/88, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Por sua vez, as normas de eficácia limitada são preceitos que, caso não haja regulamentação por meio de lei, não serão capazes de gerar os efeitos para os quais foram criadas, motivo pelo qual se diz que tem aplicação indireta ou mediata, pois há a necessidade da existência de uma lei para mediar a aplicação. Apesar disto, possuem eficácia jurídica, pois desde logo manifestam a intenção dos legisladores constituintes, fornecendo conteúdo para ser usado na interpretação constitucional e é capaz de tornar inconstitucionais as normas infraconstitucionais que sejam com ela incompatíveis. É a chamada eficácia negativa ou paralisante das normas de eficácia limitada, conforme dispõe Silva (2012). A essa classificação remete-se, por exemplo, o teor do art. 37, inciso VII, da CF/88 que diz: “o direito de greve será exercido nos moldes e nos limites definidos em lei específica”.

Dentro da classificação de normas constitucionais de eficácia limitada, as normas de direitos fundamentais ainda podem ser listadas na categoria do princípio institutivo, referindo-se às que trazem apenas um direcionamento geral, e ordenam ao legislador a organizar ou instituir órgãos, instituições ou regulamentos, observando os direcionamentos trazidos. O professor Silva (2012) ressalta as expressões "na forma da lei", "nos termos da lei", "a lei estabelecerá" e etc. como meios de identificação destas normas. Ainda, existem normas inseridas no critério do princípio programático, as quais direcionam a atuação do Estado instituindo programas de governo.

Portanto, terão eficácia diferida e necessitam de atos normativos e administrativos para concretizarem os objetivos para quais foram criadas. Como informa Canotilho (1986, p. 184), não são “simples programas, exortações morais, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculação. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos demais preceitos da constituição”.

O § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 é claro em afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso não quer dizer que sejam todas de eficácia plena. É apenas um apelo para que se busque efetivamente aplicá-las e assim não sejam frustrados os anseios da sociedade. De acordo com Mendes (2012, p. 91):

Advirta-se que todas as normas, em certo sentido, são incompletas, até por serem, por definição, gerais e abstratas, necessitando, por isso mesmo, do trabalho do intérprete para serem aplicadas aos casos da vida social. As normas autoaplicáveis, de seu lado, não excluem necessariamente novos desenvolvimentos por meio de legislação ordinária.

Silva (2012) expõe que os constituintes preocuparam-se de tal forma com a própria eficácia e aplicabilidade da Constituição, fazendo constar em seu corpo o dispositivo citado. No entanto, de acordo com o jurista, o mandamento se aplicaria com ênfase em relação aos direitos sociais (artigos. 6º ao 11 da CF/88), o que não se verifica na prática, já que para concretização de tais direitos, outras questões são envolvidas, fazendo a Constituição depender de leis posteriores. Nas palavras do autor (2012, p. 261):

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Assim, o valor que emana do § 1º do artigo 5º da CF/88 declara que as normas de direitos fundamentais serão aplicáveis até onde possam, até onde as instituições responsáveis por assegurar tais direitos possam oferecer condições de sua efetividade. Por outro lado, corrobora para o fato de que invocando o Poder Judiciário para resolver conflitos, este não poderá eximir-se de sua atribuição típica, qual seja, julgar e promover a Justiça.

Tem-se percebido essa tendência de acordo com inúmeros julgados, notadamente no que tange à promoção do direito à saúde e à educação, estes muitas vezes suprimido por omissão dos outros poderes. É a prática do ativismo judicial, que será abordando em tópico específico. O constituinte de 1988 já previa a

possível problemática e através desse enfoque nasceu o mandado de injunção, instrumento que, nas palavras de Silva (2012, p. 246), “torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente”, conforme enuncia a própria Constituição: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI).

No entanto, algumas situações escapam aos requisitos que ensejam numa impetração de mandado de injunção, o que pode ser verificado na seara criminal. Assim, para o tema proposto neste trabalho, vislumbra-se a necessidade de melhor entender a dinâmica do processo penal, em todos os aspectos, uma vez que a máxima aplicabilidade das normas constitucionais obrigam uma análise aprofundada da execução do *jus puniendi* por parte do Estado, direitos fundamentais tutelados e bens violados.

3 DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E DA EXECUÇÃO PENAL

O Direito Processual Penal vigente no país foi elaborado sob a égide da Constituição Federal de 1937 e recepcionado pela de 1988, sendo alvo de várias críticas pelos estudiosos, uma vez que diversas disposições de seu diploma normativo estão em descompasso com algumas garantias trazidas pela nova ordem constitucional. Justifica-se tais posicionamentos em virtude da visão ditatorial e autoritária, além do fato do Código de Processo Penal ter sido elaborado com base no modelo facista italiano.

Apesar disto, trata-se de instrumento necessário para a concretização da jurisdição penal. Quando a Constituição Federal afirma que “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LVI), a mesma também se referiu ao direito processual penal, este responsável por guiar o caminho a ser seguido pelo Estado na busca de efetivar o seu *jus puniendi*.

Diversos princípios norteiam esse ramo do Direito Penal, alguns de ordem constitucional, outros exclusivos do próprio direito processual penal. Para garantir a devida ordem e justiça no processo de acusação do indivíduo praticante de infração penal, a Carta Magna de 1988 consagrou no rol dos direitos e garantias fundamentais o princípio do devido processo legal, revelando-se este o mais importante na área processual, conforme atestam Távora e Alencar (2013, p. 68):

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. [...] A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditória e a ampla defesa.

Apesar da amplitude do mencionado princípio, o devido processo legal surgiu para empregar um correto desenrolar do processo penal, pautado na lei, aplicando-se de forma isonômica a todo ser humano. Trata-se de um processo segundo os parâmetros da justiça a que tem direito o cidadão antes de ser privado de sua propriedade, de sua liberdade ou até mesmo de sua vida. Por isso que o devido processo legal possui tamanha relevância, pois confere ao Estado, ordenador

social, legitimidade e atuação legal, preservando as garantias constitucionais do indivíduo.

No mesmo patamar, a presunção da inocência ou a da não-culpabilidade, da qual afirmam Távora e Alencar (2013, p. 54) que “o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF/1988)”, portanto, “antes deste marco somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatória desta demonstração [...]”, constitui assim um dos direitos fundamentais da pessoa humana e disciplina as regras de cerceamento da liberdade do réu no processo penal, permitindo que o mesmo seja preso em raríssimas exceções, assim como garante a não restrição de direitos do acusado na fase do inquérito policial e no decurso da ação penal. Há ainda os princípios do contraditório e da ampla defesa, proibição de provas ilícitas, busca da verdade real, entre outros.

Dessa forma, tem-se como base do direito processual penal os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais se observam de forma implícita em vários dispositivos da Constituição Federal, como por exemplo a exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVI). São princípios que se unem e, na maioria das vezes, usa-se razoabilidade no lugar da proporcionalidade, quando na verdade os dois exercem papéis distintos. No caso da razoabilidade, este funciona como mecanismo de controle na aplicação do princípio da proporcionalidade. Nem tudo que é proporcional, é razoável. Sua aplicação é fundamental no ato de ponderação de princípios, conforme abordado neste trabalho. Verifica-se na prática, que o princípio da razoabilidade contribui para sanar colisões entre os direitos fundamentais, apresentando ao problema a solução mais razoável, sem qualquer excesso, impedindo que o princípio da proporcionalidade volte a concretizar a “lei do talião”, a qual, no passado, adotou de forma estrita o mencionado princípio.

No que tange à Execução Penal, importante instituto do Direito Processual Penal, trata-se do momento em que serão conduzidas as formas de cumprimento de pena que, na maioria das vezes, priva o cidadão de sua liberdade. De acordo com Távora e Alencar (2013, p. 1281), “a execução penal não prossegue como fase subsequente ao processo penal condenatório, mas como processo autônomo.”. Nesse novo processo, mesmo o Estado exercendo o seu direito subjetivo de punir, deverá observar o respeito aos direitos individuais e fundamentais do indivíduo,

sobretudo a dignidade da pessoa humana, princípio que será abordado neste trabalho em tópico específico. Ademais, do ponto de vista didático e formal, identifica-se que o Direito Executório Penal é um ramo do Direito Processual Penal, iniciando logo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, cujo procedimento é aplicável e acompanhado mediante a confecção de guia de execução de pena.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E EXECUÇÃO PENAL

As normas processuais penais estão inseridas no ramo do Direito autônomo, ou seja, o Direito Processual Penal constitui um conjunto de normas próprias e de natureza processual que busca instrumentalizar o direito penal subjetivo do Estado. Direito subjetivo porque este nasce a partir da concretização das condutas proibidas tipificadas pelo Código Penal.

Verifica-se que o Direito Processual Penal moderno é garantístico, no sentido de que busca sua interpretação em harmonia com a Constituição Federal, haja vista que esta é a base para a resolução de conflitos entre cidadão e Estado. Nos ensinamentos de Nucci (2006, p. 74):

[...] não se pode visualizar a relação que o Processo Penal possui com o Direito Constitucional, como se fosse uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor, o que não ocorre. Devemos partir da visão constitucional de direito e democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e garantias humanas fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal.

Desta forma, o Estado-juiz ao exercer o *jus puniendi* jamais poderá fazê-lo suprimindo direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Além do mais, ressalte-se o caráter de lei ordinária do Direito Processual Penal, portanto, este corpo de normas, quando em conflitos, deverá curvar-se perante às disposições normativas da Lei Maior.

Ainda, Lopes Júnior (2005, p. 10) corrobora para o fato de que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário”. A partir de então surge

a ideia de que o Direito Processual Penal é um Direito Constitucional aplicado, na medida em que é utilizado nos moldes da dignidade da pessoa humana, respeitando o devido processo legal, o qual será legitimado quando em acordo com a Carta Magna. Dessa forma, reside o aspecto garantista das normas processuais penais.

Por seu turno, o tema referente à natureza jurídica da Execução Penal já foi bastante discutido pelos estudiosos do Direito, os quais questionavam se o processo de execução penal repousava na atividade jurisdicional ou administrativa. Os adeptos da doutrina que a classificam como atividade administrativa, a exemplo de Raimundo da Silva (*apud* Carvalho, 2003), assim a defendem em razão do seu caráter administrativo, no que tange ao gerenciamento dos estabelecimentos prisionais, além de entenderem pela inexistência de julgamentos ou decisões judiciais, posto que o cidadão estava sendo penalizado em virtude de uma sentença transitada em julgado, portanto, imune a recursos. Daí em diante caberia ao Poder Executivo a responsabilidade do cidadão. Verifica-se a predominância da ideia iluminista, que considerava ato judicial somente a sentença.

Hoje a discussão encontra-se pacificada e o entendimento predominante é pelo caráter jurisdicional da Execução Penal, conforme aderiu Carvalho (2003). Isto deve-se ao fato da jurisdição não se encerrar com o trânsito em julgado da sentença condenatória. No decorrer da execução da pena, diversos atos judiciais poderão ser praticados. São os chamados incidentes de execução, os quais são apreciados pelo Poder Judiciário, como por exemplo a concessão de progressão de regime, ou regressão, livramento condicional e saídas temporárias, e ainda conversões em prisões domiciliares quando o caso requer tal medida. Por outro lado, há uma inclinação para definir a execução penal como atividade híbrida, uma vez que há a predominância da atividade jurisdicional, mas que se efetiva e completa-se com a atividade administrativa, tendo em vista que a responsabilidade de gerenciamento nos moldes da Constituição Federal foi dada ao Poder Executivo, o qual possui a função típica de administrar. Esse entendimento encontra ressonância na doutrina majoritária, conforme Nucci (2010, p. 988) averba, a execução penal “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”. Da mesma forma Grinover (1987, p. 7):

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.

O Direito de Execução Penal também constitui um direito autônomo, uma vez que possui princípios próprios, porém sem desmembrar-se do Direito Penal e Processual Penal, pelos motivos da sua própria existência, isto é, só há execução de pena porque há uma sentença condenatória, transitada em julgado, prolatada num processo instruído nos moldes do devido processo legal, cuja prática infracional foi previamente prevista e proibida no Código Penal. Nota-se que a Execução Penal distancia-se de um Direito Penitenciário, pois a lei que a regula trata de assuntos muito mais abrangentes que o simples cumprimento de pena. Concessões de livramento condicional, anistia, indulto, dentre tantos, acabam por enfraquecer o elo de ligação com o denominado Direito Penitenciário para acabar-se tornando um Direito de Execução Penal.

3.2 DA COMPETÊNCIA PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL

Sabe-se que a jurisdição é unitária e indivisível, no entanto, seria impossível um só magistrado dirimir todos os conflitos e litígios que ocorrem no mundo fático. Assim, os limites de competência foram previamente estabelecidos em lei no intuito de limitar e, conseqüentemente, proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A competência jurisdicional no Brasil é delimitada de acordo com alguns critérios, tais como de ordem material, funcional, territorial e *ratione materie*. Na esfera do Direito Processual Penal, a competência para processar e julgar os diversos crimes previstos no Código Penal foi delimitada na própria Constituição Federal, sendo que a Justiça Comum, seja federal ou estadual, acaba por abarcar o julgamento de todas as práticas do código repressivo de 1940.

Convém ressaltar que a competência para punir o indivíduo praticante de infração penal foi absorvida pelo Estado, impedindo qualquer forma de punição privada, salvo nos casos previamente estabelecidos em lei. O Estado é o detentor

do *jus puniendi* e qualquer outra forma de punição, ou até mesmo excessos e descasos na execução da pena pelo próprio Estado, maculam o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à Execução Penal, como já se percebe, a competência para executar a sanção imposta pelo Estado é dele próprio, exercida por meio de seus órgãos, juízes e tribunais, os quais decidirão sobre os incidentes de execução já mencionados neste trabalho, bem como declarará extinta a punibilidade do reeducando ao final do cumprimento da pena ou até mesmo da prescrição da pena. A legislação que trata da matéria prevê órgãos de auxílio na execução de pena, uns ligados ao Poder Executivo, outros de iniciativa da comunidade, além do Ministério Público e Defensoria Pública. Porém, essa parceria com o Poder Executivo tem demonstrado ser ineficaz, uma vez que o Poder-administrador não zela pelas suas responsabilidades, tratando a Execução Penal com descaso, conforme será nas abordado nas páginas a seguir.

3.3 EXECUÇÃO PENAL E VICISSITUDES

A realidade da execução penal no Brasil tem caminhado em descompasso com o que prevê a legislação. A situação se agrava e o nível crítico já foi atingido, confirmando que o sistema prisional não tem cumprido a sua finalidade consignada na Lei de Execução Penal, que é ressocializar e reeducar aquele que foi submetido a uma pena privativa de liberdade.

Dados estatísticos registrados em 2013 informam que a população carcerária dobrou no ano anterior, causando o colapso do sistema prisional. Pessoas capturadas pelas mais diversas práticas delituosas são lançadas nas cadeias do Brasil, as quais, nas palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal, Antônio Cesar Peluzo, são comparadas às “masmorras medievais”², aguardando o julgamento de seus delitos, cujo processo se arrasta no tempo em meio a tantos outros “punidos” pela morosidade do Poder Judiciário.

²<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/03/26/presidios-no-brasil-sao-como-masmorras-medievais-371208.asp>. Acesso em 13 de maio de 2014.

Ao contrário do que se pensa, a responsabilidade do sistema carcerário pertence ao Poder Executivo, mas pela natureza híbrida do próprio sistema e pelo enfoque dado ao Poder Judiciário, já que este decide sobre os possíveis benefícios concedidos aos detentos, acaba por se destacar além da administração penitenciária, e conseqüentemente qualquer incidente ocorrido nas penitenciárias brasileiras, logo remetem-se à responsabilidade ao órgão julgador.

A superlotação carcerária tem se mostrado o maior problema já enfrentado pelo sistema, e a mesma não está ligada a criminalidade em si, mas ao fato de que a sociedade e alguns juízes ainda veneram a pena privativa de liberdade como o principal combate às condutas criminais. É a chamada “cultura do encarceramento”, apontada por Lacerda (2013). Essa visão arcaica transforma a prisão em regra e a liberdade em exceção, quando num Estado Democrático de Direito o que se deve seguir é exatamente o contrário. A prisão deveria ser a *ultima ratio*.

Há de se destacar os inúmeros mandados de prisão em abertos aguardando captura, os quais ultrapassam a marca de 338758 (trezentos e trinta e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco), de acordo com dados divulgados na página virtual do Conselho Nacional de Justiça. A população carcerária já soma mais de 500.000 (quinhentos mil). A maior parte constitui de presos provisórios, como por exemplo na comarca de Sousa, Paraíba, que conta atualmente com 105 (cento e cinco) provisórios e 100 (cem) definitivos. Some-se a isso a quantia de inúmeros mandados de prisão aguardando cumprimento, a exemplo da 2ª Vista que, dentre as 9 unidades judiciária, possui isoladamente 39 (trinta e nove) mandados aguardando cumprimento. Se por um acaso houvesse a execução de toda essa demanda, aconteceria o colapso do sistema.

A principal deficiência prisional repousa nas prisões indefinidas, as de âmbito cautelar, seja a prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de sentença de pronúncia ou ainda decorrente de sentença condenatória de 1º grau, mas que seja submetida a recurso. A problemática é suportada pelo Juízo das Execuções Penais, uma vez que o preso provisório submete-se, nos moldes do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984, à maioria das condições a que estão sujeitos os presos definitivos. Nasce então um impasse, pois a competência em si para resolver os conflitos entre a Lei de Execução Penal e os direitos fundamentais do acusado constitui num verdadeiro obstáculo, pois de um lado está o Juízo processante que decreta uma das modalidades de prisão cautelar, e do

outro está o Juízo das Execuções Penais que acaba recebendo aquele detento, mas sem competência para decidir o destino do preso provisório, já que sua competência para gerir a vida daquele cidadão só brotará a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nessa celeuma quem suporta todo o fardo é o cidadão detido, uma vez que sua prisão acaba se arrastando no tempo, maculando todo o rol de princípios fundamentais que orientam a vida do apenado, desde o início da ação penal até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

O Poder Executivo, ao mesmo tempo, permanece inerte à causa penitenciária. Enquanto a população carcerária cresce em ritmo acelerado, a atuação daquele Poder diminui. Desde 1988 o Constituinte dividiu a competência para administrar as penitenciárias brasileiras na mesma simetria em que distribuíram o julgamento de delitos entre a Justiça Comum Federal e Estadual. Assim, aqueles que são processados e julgados pelas infrações penais na esfera federal, serão encarcerados nos presídios federais e da mesma forma acontece com os que são réus nos processos da Justiça estadual, conseqüentemente povoando os presídios estaduais. A realidade estadual, facilmente perceptível em qualquer comarca do país, a exemplo de Sousa, Paraíba, tem demonstrado incompetência no ofício de administrar as penitenciárias, uma vez que problemas de toda a natureza são registrados no cotidiano de um presídio, que vão desde a falta de água, instalações inadequadas, higiene, até profissionais incapacitados para o desempenho da função de agente penitenciário, transformando a Lei das Execuções Penais em letra morta. O sistema penitenciário é de grande complexidade, necessitando da cooperação dos poderes para torna-se eficaz, conforme explicam Canotilho e Moreira (*apud* Moraes, 2003, p. 370):

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional. A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas das pessoas e das instituições e num puro do sentido da responsabilidade de Estado.

Apesar de se constatar na LEP que grande parte de seus dispositivos sugerem uma maior cooperação entre o Poder Executivo e Judiciário, o Poder Legislativo, por sua vez, dentro dos limites de sua competência, exerce sua parcela de culpa perante o caos penitenciário. A falta de políticas públicas e destinação de verbas orçamentárias para melhoramento do aparato prisional são as principais falhas de um Poder que se denomina como representante do povo, esquecendo-se que aqueles que estão encarcerados também são parte do povo.

O fato de estarem privados da liberdade não significa dizer que perderam a condição de cidadãos, seres humanos, portanto, possuidores da dignidade da pessoa humana. O desenvolvimento de leis visando a aplicação de penas alternativas resta ineficaz, tendo em vista que tais medidas tem privilegiado apenas um rol mínimo dos delitos, sem falar na própria política criminal que confere penas graves a crimes mais leves quando até a sociedade, de um modo geral, concorda que tal medida é desproporcional ao delito praticado, facilmente perceptível quando comparado com penas conferidas a outras infrações penais de maior gravidade. Dotti (2003) critica a inflação legislativa, quando menciona que a atuação dos legisladores brasileiros “anarquiza os meios e métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela a ausência de uma Política Criminal em nível de Governo Federal”.

Desta forma, quem padece pela omissão ou pela má atuação dos Poderes da República é o detendo que experimenta todos os efeitos de uma pena privativa de liberdade, passando a viver entregue à própria sorte, em condições subumanas, num total desrespeito aos direitos fundamentais. Verifica-se, na prática, a concretude da tal “justiça seletiva”, uma vez que somente sofrem os efeitos de um sistema prisional precário e da morosidade judiciária aqueles que não podem arcar com os honorários de uma competente assistência judiciária. É um conjunto de fatores que tornam as prisões verdadeiras afrontas aos direitos fundamentais do cidadão, tais como assistência judiciária escassa, acesso à saúde de forma precária, má alimentação, falta de infraestrutura, etc. Como dito antes, tal situação fere diversos princípios constitucionais, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, humanização da pena, proporcionalidade e razoabilidade, devido processo legal, entre outros.

A privação da liberdade como pena surgiu a partir da Idade Média, propagando-se graças aos julgamentos realizados pela Igreja, onde foi aplicada com maior ênfase no século V. Posteriormente, passou a ser utilizada além do território religioso, e em meados do século XIII, incidiu a um grupo limitado de delinquentes. Até então os condenados eram submetidos à modalidade de reclusão solitária. Depois do século XVI viu-se a necessidade de incluir o diálogo no cumprimento da pena, abrindo espaços para que o indivíduo que cumprisse uma sanção, pudesse pagar pelos seus erros em companhia de outros na mesma situação. Nesse período surgem as Casas de Força, onde os internos eram obrigados a trabalhar e a conviver com mendigos, vagabundos, prostitutas, jovens entregues a uma vida desonesta e ladrões, imediatamente após a condenação.

Por volta dos séculos XVII e XVIII, criaram-se outros estabelecimentos prisionais, sem qualquer denominação, e sem qualquer obediência a nenhum sistema prisional. O ser humano era reduzido a mais desonrosa condição, entregue a toda sorte de promiscuidade, à mercê de penas corporais e conduzido a realização de trabalho escravo, com alimentação escassa, além de não desfrutar de higiene, educação e moral, conforme aponta Muakad (1988).

Já por volta do ano de 1846, a Inglaterra dá origem a uma espécie de regime progressivo, o Marky System, desenvolvido na ilha de Norkolf, onde o apenado poderia passar de um regime mais grave para o mais brando caso cumprisse alguns requisitos.

Depois de 1853, o sistema prisional evoluiu no sentido de revogar o isolamento e a quebra do silêncio, e ainda sob as regras do sistema progressivo iniciado pelos ingleses, obtendo êxito no sentido de amoldar e incluir novas etapas para se alcançar a liberdade, como consequência do cumprimento da pena. Tais medidas influenciaram o sistema penitenciário europeu e americano, sendo propagado pelo mundo inteiro e colecionando mudanças para se chegar ao fim social da pena, que é ressocializar o praticante de infrações penais.

No entanto, nas palavras de Muakad (1998, p. 18):

Não obstante todas as tentativas para melhorar cada vez mais a situação das prisões, a verdade, contudo, é que ela não cumpre seus fins e continua sendo um fator criminógeno.

Muitas modificações ocorreram, mas a prisão subsistiu com seus defeitos tradicionais, demonstrando a prática que tem prevalecido uma mentalidade repressiva, o que na atual política penal é imperdoável.

Mesmo com as mudanças vividas pelo sistema prisional ao longo do tempo, no que tange às propostas de execução de pena e à forma de se enxergar o encarcerado, a realidade fática tem demonstrado o contrário, posto que o que se verifica é que os delinquentes têm voltado para o convívio social cada vez mais despreparados, em razão de inúmeros fatores, sendo que o Estado é o maior causador dessa discrepância.

A privação da liberdade, principalmente quando já iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, deveria ser um meio eficaz de recuperação do criminoso, cuja atuação estatal se desenvolveria no escopo de propiciar melhores condições para o restabelecimento social daquele que, porventura, venha a praticar um delito. No Brasil, a atuação do Poder Público no combate a práticas delituosas, sejam elas de maior ou menor potencial ofensivo, encontra nas prisões de todas as espécies a realização da segurança pública. Porém, ao encarcerar um cidadão, principalmente antes da sentença condenatória, priva o indivíduo de executar uma ocupação lícita, ao mesmo tempo em que nada contribui para sua recuperação, nem tão pouco a reparação do dano à vítima e o sustento de sua família, passando a viver às custas dos impostos pagos pela sociedade e pela própria vítima. Pode-se acrescentar a esse problema os males vividos no cotidiano do cárcere, os quais constituem máculas aos direitos fundamentais do cidadão.

A prisão, seja lá de qualquer natureza, encontra-se contaminada em razão da ineficácia da legislação específica, que é a Lei de Execução Penal. O que prevê suas disposições, na maioria, não são efetivadas pelo Poder Público, fazendo com que haja uma contribuição direta para não ressocialização do homem, uma vez que a prisão, conforme expõe Muakad (1998, p. 21):

Mantém o homem afastado da coletividade, mas não cria nele condições para uma vida em sociedade; e sua futura liberdade representa para ele, em vez de segurança, uma incógnita. Assim, o homem é preparado para continuar no presídio, não para a vida livre.

O ápice da deficiência penitenciária é alcançado quando se volta para os presos temporários, aqueles que aguardam a instrução processual e estão sob os efeitos de alguma medida cautelar. Medidas estas que se arrastam no tempo, com

mera expectativa de condenação, mas que acaba aplicando ao suspeito todos os efeitos de uma pena privativa de liberdade em seu regime mais grave. Prisões cautelares ao invés de medidas simples de coibição tem sido um combustível para a explosão do sistema prisional, o que tem demonstrado cada vez mais prejuízo às penitenciárias. A principal problemática diz respeito à falta de aparato estatal dos estados-membros para cumprir a lei tal como ela é, notadamente no que refere-se ao desenvolvimento de trabalho dentro da prisão. A falta de uma ocupação somada a privação da liberdade tem causado na psique dos detentos transtornos extremos, a maioria deles irreversíveis. Não há como aplicar a justiça sendo injusto com aquele ao qual se espera uma resposta positiva após anos de reclusão. Ainda nas palavras de Muakad (1998, p. 24):

Muito se tem discutido acerca da finalidade da pena, punir ou reeducar, mas na verdade pouco se tem feito na prática quanto à reeducação. O que na realidade precisamos é de uma modificação radical no sistema penitenciário, visando obter melhores resultados, pois as falhas que apresenta, tal como ainda é praticado, demonstram sua falência.

Os problemas de natureza física do ser humano, a questão sexual, insuficiência de trabalho para todos os detentos e, também, a falta de receptividade da sociedade contribuem para o caos psicológico e sociológico que levam a maioria dos reeducandos voltarem às cadeias públicas.

É preciso iniciativa governamental para gerir a questão penitenciária com excelência, afinal, compete ao Executivo desenvolver políticas públicas para proteção aos direitos fundamentais do acusado e condenado. Em virtude dessa omissão, cabe ao Judiciário, promotor da justiça por excelência, assumir seu papel e se preciso for, afastar regras de competência e fazer uso do ativismo judicial para sanar algumas irregularidades penitenciárias, maximizando, desta forma, os direitos fundamentais da pessoa humana. Na atual realidade jurídica do país é inadmissível a violação de tantos direitos fundamentais por parte de um estado que se intitula como Estado Democrático de Direito.

4 PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA

A progressão virtual da pena, denominada de progressão antecipada, hipotética, cogitada ou ainda, em perspectiva, é um instituto que não possui previsão legal expressa, configurando novidade criada pelo Poder Judiciário paraibano no âmbito do Direito Processual Penal, fruto do pensamento crítico e inovador do magistrado Bruno César de Azevedo Izidro. A iniciativa foi indicada a VI edição do prêmio Innovare³, ano 2009.

O benefício surgiu no ano de 2009 quando o mencionado juiz, à época responsável pela Vara das Execuções Penais de Guarabira, Paraíba, deparou-se com a situação de um detento naquela Comarca, o qual encontrava-se preso há 11 (onze) meses apenas pelo porte ilegal de armas, cuja pena varia de 1 (um) a 3 (três) anos, sem que tivesse ocorrido ao menos a primeira audiência de instrução. Na visão do julgador, a situação se revestia de ilegalidade, uma vez que pela própria morosidade judiciária causada por inúmeras ações em andamento, somada às falhas do sistema penitenciário, além do próprio tempo decorrido desde a decretação da prisão preventiva, tal situação constituía violação a diversos princípios consagrados na Constituição Federal.

A progressão virtual da pena consiste, dessa forma, em aplicar as regras de progressão de regime de execução de pena à fase de instrução processual, mesmo antes de uma sentença penal condenatória. Alguns operadores do direito, de um modo geral, divergem acerca da legitimidade do instituto. Uma parte opta pela simples concessão da liberdade provisória, outra considera o benefício como uma avanço para a Justiça, apoiada pelo Garantismo Penal e o Ativismo Judicial, considerando que nos dias atuais a função do Poder Judiciário vai muito além do que mera interpretação e aplicação de leis.

³ Premiação destinada a identificar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo Brasil, que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da Justiça Brasileira.

4.1 LIBERDADE PROVISÓRIA versus PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA

Os defensores da concessão de liberdade provisória baseiam-se no fato de que o Judiciário, Poder a quem compete promover a justiça, não pode beneficiar delinquentes ao ponto de colocar em prática um instituto sem base legal. Ao mesmo tempo, afirma-se que a própria legislação prevê o benefício da liberdade provisória, que pode ser concedida pelo julgador a qualquer tempo antes da sentença penal condenatória, desde que preenchidos os requisitos previstos no Código de Processo Penal, tais como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, os quais afastam o *periculum libertatis*, verificado quando o indivíduo não oferece risco de fuga, prejuízo ao andamento do processo e risco de comprometimento às ordens pública e econômica do país.

O não atendimento a esses requisitos e por falta de um controle efetivo do Judiciário, algumas prisões temporárias podem preterir no tempo, uma vez que, como já relatado, a autoridade que decretou a prisão preventiva do acusado pode, até mesmo pelo grande volume de processos a instruir e/ou pela morosidade do Judiciário em si, deixar que aquela medida cautelar assumo o caráter de uma pena privativa de liberdade em sua modalidade de regime mais grave, o fechado. Desta forma, as súplicas do preso provisório, quando este esquecido até pelos próprios familiares ou quando não dispõem de condições financeiras para, sequer, deslocar-se até a sede do fórum e rogar pelo seu parente encarcerado, são direcionadas ao juiz da Vara de Execução Penal, o qual vivencia no cotidiano toda a problemática de um sistema penitenciário falho e incapaz de cumprir à risca as disposições da lei que o instituiu. Nesse quadro, muitos acusados são punidos antes mesmo da decretação de uma sentença penal condenatória, e em regime fechado.

Por outro lado, a progressão virtual da pena visa sanar essa problemática, cujo emprego ocorre de forma excepcional no mundo jurídico. O momento favorável para sua aplicação acontece quando verificados alguns requisitos, tais como tempo de duração da medida cautelar e ausência do *periculum libertatis* pelos motivos já expostos. De acordo com o Isidro (2009), o tempo excessivo de uma prisão cautelar consiste em:

[...] toda vez que a prisão provisória excedesse o tempo superior ao mínimo in abstrato da pena fixada para o delito, e já tivesse transcorrido período suficiente para uma possível progressão, se condenado já fosse, haveria a violação a duração razoável do processo. E se fossem dois ou mais os crimes imputados, a razoabilidade da duração, resultaria da soma dos mínimos das penas dos delitos imputados ou do mínimo do delito mais grave, encontrando-se, assim, o conseqüente lapso para o requisito objetivo de um pedido de progressão.

Assim, ao verificar o preenchimento dos requisitos objetivos para o caso, o juiz da Vara das Execuções Penais pode conceder a progressão virtual da pena, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como os limites de competência previstos na legislação. O juiz responsável pela situação prisional não é competente para conceder a liberdade provisória, uma vez que este instituto é de natureza processual e deve ser decidido em sede de ação penal. Doutro norte, a concessão de uma progressão de regime, levando-se em consideração a pena máxima em abstrato para o(s) delito(s) seria decretada dentro dos limites de sua competência, já que ao mencionado juiz compete decidir os incidentes de execução penal, preservando assim a jurisdição do juiz responsável por instruir a ação penal.

A respeito do assunto, é questionável acerca da concessão de um benefício aplicável na fase de execução de pena, mesmo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, pergunta a qual o Supremo Tribunal Federal em 2003 já se posicionou ao editar a Súmula nº 716, dizendo que “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Entre os motivos ensejadores da aplicação da progressão virtual da pena, podem ser citados os de ordem econômica, considerando que constitui a redução de gastos para os cofres públicos, tendo em vista que os presos provisórios em regime semiaberto e aberto poderão prover o sustento de sua família, a qual somente é beneficiada com auxílio reclusão após uma sentença condenatória transitada em julgado, bem como o de ordem social ao promover a reintegração do acusado na sociedade de forma gradativa.

Já que o Estado não promove a execução de trabalhos dentro do sistema penitenciário em benefício dos seus detentos, configura-se violação aos princípios fundamentais privar um cidadão de sua liberdade, quando este não oferece riscos à sociedade e o lapso temporal da prisão preventiva já ultrapassou os limites do bom-

senso jurídico, além de provocar o perecimento da família quando o seu chefe torna-se proibido de laborar.

4.2 ATIVISMO JUDICIAL E GARANTISMO PENAL

O Poder Judiciário brasileiro tem evoluído no sentido de relativizar a inércia propriamente dita em detrimento da proteção aos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Por meio da Judicialização de alguns atos, a Justiça tem procurado atender a demanda da sociedade, as quais não puderam ser supridas pela atuação legislativa e executiva, como pode ser observado em relação ao combate ao nepotismo, expedição de normas eleitorais e greve do serviço público. A esse fenômeno dá-se o nome de Ativismo Judicial, o qual Barroso (2014) define como sendo:

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

Diante dessa declaração pode-se afirmar que a questão prisional configura-se no país como um motivo para a prática do ativismo judicial, pois diante da transgressão a tantos direitos fundamentais nos presídios do país, é inadmissível que justamente o Poder incumbido de promover a Justiça permaneça inerte. Trata-se de violação a direitos fundamentais consagrados pela Lei Maior e o Estado-juiz deve buscar e efetivar soluções para a sua proteção.

Ao mesmo tempo, ressalte-se o caminho que o Direito Penal brasileiro tem trilhado nas últimas décadas, o do Garantismo Penal, que visa impedir o abuso do direito de punir pelo Estado, perceptível quando um preso provisório permanece encarcerado indefinidamente num regime mais grave, mesmo antes de ser-lhe proferida sentença penal condenatória, ou seja, o Estado pune aquele indivíduo com um regime considerado o mais grave nos moldes da Execução Penal, enquanto o acusado possui mera expectativa de condenação. Esse é um dos motivos que

ensejaram para o surgimento da Teoria do Garantismo Penal, a qual se firma nos valores de um Estado Democrático de Direito. De acordo com Branco (2014):

Ocorre uma verdadeira antítese envolvendo a liberdade do homem e poder do Estado, segundo o que defende o garantismo à luz do conceito de Estado Democrático de Direito deverá aumentar ao máximo possível a liberdade do homem (indivíduo), ao passo que, deverá diminuir ao mínimo possível o poder estatal. Este é o contexto do pano de fundo do garantismo, ou seja, deve-se ampliar o espectro da esfera de liberdade do indivíduo e diminuir ao patamar mínimo necessário o poder do Estado.

Ferrajoli (2006, p. 852), idealizador do Garantismo Penal assim o define:

O garantismo representa a tutela dos direitos fundamentais, ou seja, valores, bens e interesses que fundam e justificam a existência do Direito e do Estado. O movimento garantista, por sua vez, relaciona-se com a garantia do mínimo sofrimento necessário decorrente da intervenção punitiva do Estado. Concordar com a afirmação de diversos segmentos da atual sociedade, os quais prelecionam que a problemática da criminalidade repousa na qualidade das leis ou na brevidade das penas, trata-se de um comportamento ingênuo. O modelo político-criminal de alta repressão, baseado na vingança privada executada pelo Poder Público, já demonstrou não ser capaz de equacionar o binômio crime-ressocialização.

Convém ressaltar que o Ativismo Judicial e o Garantismo Penal são de suma importância para corrigir as distorções identificadas no sistema prisional brasileiro. A máxima de que cada “caso é um caso” faz jus a uma análise acerca da situação atual dos detentos, neste caso os provisórios, vítimas de um poder que diante da situação prisional assume o monopólio estatal, suprimindo direitos básicos, isto é, fundamentais à sobrevivência de cada cidadão deste país, independentemente de sua situação jurídica.

A progressão virtual da pena, apoiada nessas duas tendências do direito moderno, reveste-se de importante instituto para a proteção e máxima eficácia dos direitos fundamentais, consagrados desde a Constituição Federal de 1988, a qual é, nas palavras de Branco (2014), “garantista em essência e plenitude”, uma vez que prioriza o bem-estar do cidadão, fornecendo-lhe condições mínimas de sobrevivência em sociedade .

4.3 MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo moderno elenca como característica de um autêntico Estado Democrático de Direito o respeito a certas garantias fundamentais necessárias à sobrevivência do homem em sociedade. Como já citado neste trabalho, o rol dos direitos e garantias fundamentais elencados no corpo da Constituição Federal são considerados, num âmbito histórico e essencial, como liberdades individuais e limitações ao poder estatal, evitando-se, desta forma, o cometimento de abusos advindos pelo Estado.

No entanto, ao voltar-se para a questão prisional no Brasil, o que se tem verificado é a completa violação de direitos fundamentais, bem como o não cumprimento de todas as disposições da legislação que rege a execução de pena no país, muitas dessas violações e omissões cometidas concomitantes pelas três funções do Poder estatal. Ora, para que o Poder Judiciário execute a pena de forma justa, necessário se faz contar com a participação dos poderes Executivo e Legislativo conforme já tratado neste estudo. Essa escassa cooperação permite com que o Estado exerça seu *jus puniendi* da forma mais prejudicial àqueles que cumprem pena ou que estão encarcerados à espera de uma sentença condenatória.

Quando se analisa a situação carcerária dos presos provisórios, logo depara-se com a violação de inúmeros princípios da Lei Maior, o que não é mais compatível com a atual realidade jurídica. Há de se levar em consideração que o magistrado deve assumir o papel de juiz das garantias de forma ampla, atuando em todas as fases do processo acusatório, evitando-se, desta forma, excessos cometidos pelo Estado, como por exemplo, a determinação de uma prisão temporária que acaba se arrastando indefinidamente no tempo em detrimento de uma utópica segurança pública.

O juiz ao decretar uma das modalidades de prisão cautelar deve fazê-lo respeitando princípios essenciais para a caracterização de uma prestação jurisdicional justa, a exemplo do devido processo legal, sobre o qual Brindeiro (1998, p. 51) deixa consignado:

Segundo sua concepção originária e adjetiva, [...] a cláusula do devido processo legal não visava questionar a substância ou o conteúdo dos atos

do Poder Público, mas sim assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação *procedural due process*.

A privação da liberdade é um assunto delicado, uma vez que a liberdade constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, preceito tão aclamado e defendido pela Constituição. Essa privação deve ser feita em raríssimas exceções, sob um processo legal, e depois que ocorrer, deve-se atentar com maior ênfase à sua fiscalização. Quando isso não ocorre, contribui para a superlotação do sistema penitenciário, uma vez que aquele preso provisório passará a ocupar definitivamente a vaga de um preso condenado.

Ao mesmo tempo, a situação em tela extingue o caráter humano das penas, considerando que umas das vertentes de tal princípio é a de que não haverá penas indignas. Como é perceptível, encarcerar um ser humano e fazê-lo experimentar toda a instrução processual num regime fechado, quando advém da violação de bens jurídicos relativamente desproporcionais às medidas cautelares, constata-se uma flagrante ilegalidade na repressão. Franco (2005, p. 64) lembra que:

O princípio da humanidade das penas implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.

Respeitar os direitos fundamentais no processo penal é de suma importância para a proteção da dignidade da pessoa humana, terceiro fundamento da Constituição Federal. No Brasil há uma cultura em afirmar que “bandido bom é bandido preso”, ou pior, “bandido bom é bandido morto”. Tais afirmações atingem o mencionado princípio, pois como bem abordado neste trabalho, o ser humano ao praticar uma infração penal não se desfaz de sua condição de pessoa humana, por mais abominável que tenha sido a prática. Instaura-se um confronto entre o *jus puniendi* do Estado com o *jus libertatis* do acusado, configurando o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro de avaliação para verificar se o Poder Público age em respeito a esse direito. Qualquer violação torna-se inconstitucional e ao Poder Judiciário cabe sanar o problema. Isso não significa sempre beneficiar o indivíduo em detrimento do Estado, razão pela qual necessário se faz invocar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conforme já dito, nem tudo que é proporcional é razoável. Na aplicação das medidas cautelares, o interprete-aplicador, através do livre convencimento motivado, deve assegurar-se do respeito ao princípio da proporcionalidade, considerado além de um princípio de suma importância, como o próprio critério na ponderação de valores constitucionalmente reconhecidos. Koncikoski (2014) reconhece:

Sem desprezo a qualquer princípio ou regra estabelecidos, a proporcionalidade, parece ser o meio mais eficaz quando se trata de acomodar objetivos e atenuar tensões. Bem assim, porque busca harmonizar interesses em conflito, adequando-os de maneira que ambos possam conviver sem que nenhum seja completamente esvaziado.

Lado a lado com o princípio da proporcionalidade caminha o da razoabilidade, que expressa um bom-senso jurídico, ou seja, o dever de atuar de forma equilibrada. É preciso que o Magistrado quando dizer o direito ao caso concreto atente-se aos critérios aceitáveis para às medidas judiciais. Tal princípio atua no campo subjetivo e dá suporte ao da proporcionalidade, bloqueando qualquer forma de excesso punitivo pelo Estado, mesmo que tal medida fosse proporcional à infração penal cometida.

Na visão de Isidro (2009), a não observância desses princípios atingiria, ainda, o princípio da confiança, conforme descreve:

Poderia, ainda, se cogitar na quebra ao princípio da confiança, pois o réu ao responder a uma ação penal espera a aplicação de um procedimento fincado em bases legais, com observância de todo o procedimento garantido. O grau de desrespeito a direitos fundamentais, motivado por uma prisão cautelar sem fim, provoca o esgaçamento da legitimidade da ordem emanada da autoridade competente, concorrendo para a total desconfiança do réu na validade e legitimidade do sistema.

Ademais, a prisão preventiva que se arrasta indefinidamente no tempo assume um caráter de pena antecipada, conseqüentemente a quebra do pacto social defendido pela Teoria Liberal Clássica, a qual afirma que o Estado tomou para si a função de punir aquele que foi condenado com sentença transitado em julgado. A partir do momento em que o Estado pune o indivíduo mesmo antes de haver uma sentença, e com a pena mais grave que é a privativa de liberdade, na modalidade de

regime fechado, nota-se a ruptura desse pacto, bem como o desrespeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988).

4.4 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA PROGRESSÃO VIRTUAL DA PENA

Sabe-se que os processos que envolvem réu preso, em tese, devem ter prioridade sobre os demais, assim como os que envolvem idosos e menores, bem como outros, de acordo com estratégias adotadas pelo sistema judiciário em todo o país. No entanto, por razões imperceptíveis, pode-se escapar do controle do Judiciário e vez ou outra deparar-se com situações em que um determinado preso está à mercê do sistema penitenciário, sem que aconteça o impulso oficial do processo. Inúmeros podem ser os motivos a ensejar esse tipo de situação.

Ao juiz da Vara da Execução Penal cabe exercer com maior enfoque o papel de juiz das garantias, posto que mantém maior contato com aquele preso provisório. Diante disto, deve-se verificar a possibilidade de um diálogo com o juiz da instrução processual para impulsionar a ação penal e finalmente chegar a um desfecho, seja favorável ou não.

Por outro lado, havendo essa impossibilidade, é viável que o magistrado avance no sentido de estudar as possibilidades para a concessão de uma possível progressão virtual da pena, considerando alguns requisitos básicos de ordem objetiva e subjetiva, tais como bons antecedentes, lapso temporal da prisão cautelar, ocupação lícita, comportamento do acusado no cárcere e na vida em sociedade. Trata-se de uma análise segundo o bom-senso jurídico que possa, de certa forma, contribuir para evitar violações a direitos fundamentais conquistados ao longo dos anos.

A progressão virtual da pena constitui, desta forma, importante instituto a contribuir para o desafogamento do tão caótico sistema prisional no Brasil, apesar de sua aplicação acontecer de forma esporádica. A própria condução do processo criará ou não condições para que seja invocado o benefício. Deve-se atentar para o fato de que tal instituto deve ser utilizado como a última opção, uma vez que a própria legislação põe à disposição do magistrado inúmeras alternativas.

5 CONCLUSÃO

O sistema carcerário do Brasil caminha rumo às situações piores às que são divulgadas nos meios de comunicação. Todos os dias, verifica-se que a ficção torna-se cada vez mais parecida com a realidade, onde os personagens são os detentos custodiados pelo Estado. A má administração do Poder Público na manutenção dos encarcerados tem contribuído para o acontecimento de episódios de violência cada vez mais desumanos.

A superlotação em si não é a causa do problema, mas a consequência de medidas criminais punitivas ultrapassadas, onde grande parcela da sociedade e do Poder Judiciário acreditam que a pena de prisão é o único instrumento eficaz para enfrentar a criminalidade, como forma de ressocialização, o que tem deixado as autoridades cegas em relação ao disparate de tentar ressocializar o ser humano impedindo-o de coabitar em sociedade. Assim, a cultura do encarceramento tem demonstrado ser inútil na ressocialização dos indivíduos que transgridam a lei.

Ao investigar o caos no sistema penitenciário, verifica-se que o número de presos provisórios está prestes a superar a quantidade de presos condenados. Apesar de inúmeras estratégias utilizadas pela maioria dos Tribunais do país, principalmente os conhecidos mutirões carcerários, têm-se voltado somente para a situação dos presos condenados por sentença condenatória. A iniciativa é válida, do ponto de vista de que muitos presos condenados já poderiam progredir para algum regime mais brando, bem como em algumas situações que poderiam ter declarada a extinção da punibilidade. Por outro lado, o que se tem percebido é que quase sempre, ou sempre, têm-se esquecido a devida atenção aos presos provisórios, os quais aguardam um julgamento eficaz e célere, nos moldes do devido processo legal de forma plena.

Na prática, o que verifica-se é o total desrespeito aos direitos humanos, onde diversos indivíduos submetem-se a uma prisão cautelar sob a escusa de uma segurança pública falha, obrigados a conviver com outros presos de elevada periculosidade, fazendo com que o sistema penitenciário não consiga cumprir sua reação função, a ressocialização, mas transformar-se numa escola para aperfeiçoamento de crimes. Como ressocializar se o próprio Estado não oferece condições para tal?

A missão confiada ao Poder Judiciário vai além do ofício de julgar. O desafio sobre ele é maior, tendo em vista que a função julgadora é quem suporta todo o fardo do precário sistema prisional, já que os indivíduos foram privados da liberdade por ação da Justiça. Os Poderes Executivo e Legislativo permanecem omissos, despertando apenas em momentos de crise, quando os problemas se estendem além das dependências dos presídios, mas que logo retornam ao *status quo*, até que outra tragédia advenha ao sistema prisional. Trata-se de um círculo vicioso, sem qualquer evolução positiva.

Sob essa perspectiva, a adoção de medidas visando soluções, a exemplo da concessão de progressão virtual da pena, ou pelo menos, amenizar a situação, é necessária afim de se corrigir as distorções encontradas nas prisões brasileiras. A progressão virtual da pena encontra terreno fértil para sua aplicação, configurando como instituto inovador de apoio ao combate às injustiças constatadas no âmbito das cadeias.

Nos grandes centros urbanos, onde a competência judiciária é dividida sistematicamente para suprir as demandas, é normal que em determinadas áreas haja deficiência, o que é perceptível na seara da execução penal, que ao gerir a vida de inúmeros presos provisórios, acaba tomando para si a responsabilidade de fiscalizar a possível ressocialização daquele cidadão. No entanto, a ausência de sentença condenatória, bem como a longa duração de uma prisão cautelar afronta diversos princípios da Constituição Federal.

Diante de tais situações, onde o diálogo entre os magistrados envolvidos na situação dos presos provisórios mostra-se ineficaz, o órgão julgador poderá invocar o instituto da progressão virtual da pena para trazer máxima eficácia aos direitos fundamentais, uma vez que, se pode o mais pode o menos, isto é, se pode punir um ser humano com a pena mais rígida que é a privativa de liberdade, mesmo antes da sentença penal condenatória, é permitido conceder a progressão virtual da pena dentro dos limites da jurisdição do juiz da Execução Penal, como forma de promoção à ressocialização e de uma Justiça eficaz.

Não se trata de beneficiar todos os detentos com o instituto, pois cada caso é um caso e há outras medidas a serem tomadas, como a própria celeridade no impulso oficial do processo. A progressão virtual da pena constitui como uma das alternativas para solucionar a problemática dos presídios, encontrando bases

constitucionais para sua aplicação, mas esta em raríssimas exceções, diante da flagrante e ilegal omissão de algum órgão jurisdicional.

Aplicar a Progressão Virtual da Pena constitui, finalmente, atitude democrática, uma vez que a democracia não se resume em atender à vontade da maioria e da opinião pública, mas reflete a inclinação do Poder no sentido de respeitar e proteger os direitos e garantias fundamentais de um grupo minoritário desassistido. O Poder Judiciário não governa, no entanto, uma vez provocado evita o desgoverno. Não legisla, todavia, soluciona crises legislativas. Para tanto, deverá agir sempre com cautela e prudência, afim de se evitar a transgressão à tênue linha entre evitar o desgoverno e governar, entre solucionar a crise legislativa e legislar. Eis o papel do Poder Judiciário que equilibra as forças de sustentação do Estado Democrático de Direito. Efetividade é a nova palavra de ordem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11088> Acesso em: 09 de fevereiro de 2014

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 06 de março de 2014.

BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. Brasil: Malheiros, 2010.

BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. *Garantismo Penal*. <<http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>> Acesso em: 06 de março de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28716%2E%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/bdabwbf>> Acesso em 12 de março de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Mandados de Prisão*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>> Acesso em 13 de maio de 2014.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o estado democrático de direito. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, [S.l.], n. 19, [1998].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 785-787.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; GONÇALVES, William Couto. O devido processo legal e o processo justo. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/6.pdf>> Acesso em: 19 de fevereiro de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

ISIDRO, Bruno César de Azevedo. Progressão virtual da pena. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-13/preso-provisorio-liberdade-base-progressao-virtual>>. Acesso em 12 de março de 2014.

KONCIKOSHI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9> Acesso em: 09 de março de 2014.

LACERDA, Antonio Carlos. *No Brasil, sistema prisional está perto do colapso; número de presos dobrou em 2012*. <http://port.pravda.ru/sociedade/curiosas/16-01-2013/34196-brasil_prisoas-0/> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

LASSALE, Ferdinand *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUAKAD, Irene Batista. *Prisão Albergue*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4266>> Acesso em 09 de fevereiro de 2014

SALOMÃO, Patrícia. O princípio do devido processo legal. Jus Way, texto enviado em 13/10/2008. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Tratado de Direito Constitucional, v.1* / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2.ed. São Paulo, 2012.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

ANEXO



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DA PARAÍBA
COMARCA DE GUARABIRA
JUÍZO DA 1ª VARA

SENTENÇA

Processo nº 0180001400

PRESO PROVISÓRIO – Pedido de progressão – Incidência de princípios constitucionais – Afastamento das regras de competência – Parecer favorável do MP – Presença de requisitos – Aproveitamento do pedido – Concessão da Progressão Virtual da Pena – Força normativa da Constituição.

- É de se deferir o sentido do pedido, mudando-se o “status libertatis” do réu, quando preenchidos os requisitos necessários, face a prevalência dos princípios constitucionais, configurando-se a hipótese de Progressão Virtual da Pena, em face da força normativa da Constituição.

Vistos, etc.

Requer o preso provisório Francisco João da Silva, a concessão de Progressão do Regime Fechado, para o Semiaberto, em sede de delito previsto no art. 14, da Lei 10. 826/2003.

Manifestou-se o Ministério Público pelo deferimento do pedido, dizendo que o pleiteante possui os requisitos.

É o relatório. Decido.

O réu se encontra detido, em razão de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, há 11 (onze) meses. Se condenado fosse, a pena prevista em abstrato para o delito imputado, seria fixada entre 02 (dois) e 04 (quatro) anos, de reclusão, e multa.

São casos como o ora em análise, que concorrem para agravar o Sistema Carcerário Nacional. Hoje, a massa carcerária supera a cifra de mais 450.000 (quatrocentos e oitenta mil) presos. Já somos a quarta maior população carcerária do mundo, os dados são do International Center for Prison Studies, ficando atrás apenas dos EUA, China e Rússia. Ainda temos mais de 500.000 (quinhentos mil) mandados de prisão para cumprir, significando que se porventura cumpríssemos todos os mandados de prisão em aberto, teríamos a explosão do nosso já caótico Sistema Carcerário.

Uma das variantes que concorrem para o agravamento da questão carcerária no nosso País é a superlotação. E o presente caso, conspira nesse sentido. Enquanto a população carcerária cresce em progressão geométrica, o Estado age aritmeticamente atuando na questão.

O acervo de instrumentos utilizados pelo Estado para enfrentar este problema, tem-se mostrado aquém do satisfatório. Assim, pouco tem adiantado o esforço na produção legislativa de institutos despenalizadores, nem a iniciativa de um discurso voltado para uma maior aplicação das penas restritivas de direitos. Até porque, o alcance destas, é limitado a um raio restrito de delitos que impedem a sua maior aplicação.

Destarte, as penas privativas de liberdade continuam sendo a principal resposta para combater a transgressão criminal. Há um culto a pena privativa de liberdade em nosso País. Ai, a gênese para o problema da superlotação carcerária.

No Sistema Carcerário há dois tipos de presos. Os presos definitivos e os presos provisórios. Aqueles sob a competência do juízo das Execuções Penais. Estes, do juízo processante determinante da prisão cautelar ou em face do juízo para quem for distribuído o feito, com exceção das execuções penais, em se tratando de prisão em flagrante.

A competência do juízo das Execuções Penais nasce com a condenação definitiva. A partir daí, a vida do apenado dentro do sistema é responsabilidade sua. Em se tratando dos presos provisórios, a autoridade competente é a que determinou a prisão ou aquele para quem for distribuído o procedimento, em se tratando de prisão em flagrante. Para o juízo das Execuções Penais, no caso dos presos provisórios, só há o registro da prisão, em termos de uma Guia Provisória, que nada mais é do que um mero registro de que aquele indivíduo, acusado de transgredir a ordem penal, encontra-se recolhido em uma das unidades prisionais.

E é essa vivência de regimes diferenciados dentro do sistema carcerário, que dividem os presos em definitivos e provisórios, mais uma variante que reflete na questão da superlotação. Aqui, o problema é gerado quando os presos provisórios ficam indefinidamente detidos. Quando as

prisões de natureza cautelar, quer seja a prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão decorrente de sentença condenatória de 1º. Grau, mas passível de recurso, acaba, por alguma deformação do sistema, gerando prisões duradouras, soando, aquela prisão provisória, como uma antecipação de pena. Nesta configuração, o preso provisório acaba suportando todos os ônus de um recolhimento definitivo.

Tal situação tem gerado grandes transtornos para todo o sistema carcerário, incluindo as Execuções Penais. Uma vaga provisoriamente preenchida ocupa o lugar de um preso definitivo. Se a prisão provisória perdura, o problema se agrava, pois além da ocupação indevida, gerando o problema da falta de vagas no sistema, há o desrespeito a direitos fundamentais do cidadão preso provisoriamente.

Objetivamente, toda essa problemática não é tão sentida pelo juízo processante. Ao decretar uma das formas de prisão provisória ou prostrar a prisão em flagrante sob a sua responsabilidade, sem a devida análise, responde a uma eventual necessidade do processo. E a partir daí, tem afastada todas as consequências secundárias dos seus atos. A questão agora irá refletir integralmente sobre o juízo das Execuções Penais, que é quem “gerencia”, perante o Poder Judiciário, o sistema carcerário.

Para o juízo das Execuções Penais restará à administração de um problema. Que ficará maior na medida em que a prisão provisória se perpetua. O primeiro problema é a administração de regimes diversos dentro do sistema carcerário. Tal hipótese gera um vácuo de poder. Pois, os presos provisórios dirigem suas súplicas e pleitos ao juízo das Execuções Penais, que nada pode fazer, já que estão vinculados ao juízo processante. Segundo, é problema porque não há a divisão dos presos, levando-se em conta a diferença entre os regimes provisórios e definitivos. Apesar, da Lei das Execuções Penais assim prevê, desde 1984, quando entrou em vigor. No entanto, por circunstâncias estruturais, tal previsão é letra morta.

Outra parte do problema, também sentido eminentemente pelo juízo das Execuções Penais, em razão de ser este quem mais de perto lida com o Sistema Carcerário, é a já mencionada superlotação. E em se tratando dos presos provisórios, há o esvaziamento de seus direitos, pois pela letra fria da lei, não tem o Juízo das Execuções competência sobre eles. Restando-lhes, aguardar as decisões do juízo processante. Para sentirmos o tamanho do problema, temos que de 30 a 40% dos presos no sistema carcerário nacional são provisórios.

É inegável que há uma cultura de valorização da pena privativa de liberdade. Talvez, como resposta a excessiva violência que vivenciamos, tem vigorado a cultura do “teje preso”. O reflexo é a superlotação, é a convivência indevida entre presos provisórios e definitivos, é a prisão por tempo indeterminado dos recolhidos provisoriamente, com claros desrespeitos a preceitos fundamentais.

O juízo processante não sente tais agruras. Pois, na definição das competências, cabe ao juízo das Execuções Penais a supervisão e a lida com o Sistema Carcerário. Aquele decreta a prisão provisória ou administra sob o seu juízo uma prisão em flagrante, e afasta de si o problema. E afasta mais ainda, quando o juízo processante fica em uma Comarca e o preso provisório em outra. Claro que as prisões provisórias estão no âmbito dos possíveis atos a serem utilizados no decorrer de um processo. Mas é inegável que tem ocorrido distorções. E sempre em detrimento dos recolhidos. Geralmente, de poucas condições. Aliás, esta é a regra do nosso Sistema Carcerário. População constituída por pessoas de baixa renda, pouquíssima ou nenhuma escolaridade, de perfil jovem e pele parda ou escura. São estas as características dos nossos presos.

O uso indevido das prisões provisórias, ou os vícios gerados a partir das legitimamente decretadas, têm colaborado para o estrangulamento do sistema carcerário, pois concorre para a superlotação, uma das principais chagas desse sistema. Ademais, há evidentes violações a direitos fundamentais de tais presos.

Assim, as prisões provisórias que se protraem consideravelmente no tempo, soam como antecipação de pena. O que veda o nosso sistema constitucional. As penas privativas de liberdade têm que advir de sentenças condenatórias transitadas em julgado. Não pode a prisão de natureza cautelar se perpetuar indefinidamente, fruto de um processo sem fim, de feições kafkanianas, cuja definição nunca chega e o sujeito experimenta as deformações de um sistema que viola todos os direitos do cidadão, em evidente desrespeito ao princípio da legalidade estrita. Lembremos as lições de Luigi Ferrajoli, que leciona “que somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substâncias ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam”.

Além do que, tais prisões desafiam a duração razoável do processo, direito fundamental, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Não pode o Estado, que detém toda a estrutura e inegavelmente é parte hipersuficiente em relação ao réu, em regra os desprovidos de toda à sorte, como o perfil acima demonstra, arrastar uma acusação sem fim, por tempo que exceda o razoável. E qual seria este tempo? Como aferir esse comando que carece de densidade concreta? Ora, toda vez que a prisão provisória excedesse o tempo superior ao mínimo in abstracto da pena fixada para o delito, e já tivesse transcorrido período suficiente para uma possível progressão, se condenado já fosse, haveria a violação a duração razoável do processo. E se fossem dois ou mais os crimes imputados, a razoabilidade da duração, resultaria da soma dos mínimos das penas dos delitos imputados ou do mínimo do delito mais grave, encontrando-se, assim, o conseqüente lapso para o requisito objetivo de um pedido de progressão. Não é difícil encontrarmos no Sistema Carcerário, presos provisórios recolhidos há mais de dois anos, e com imputação de crimes de baixa gravidade.

Há ainda, a quebra do princípio da proporcionalidade - a prisão provisória não pode ser desproporcional e mais gravosa que a pena que seria efetivamente executada. E ela será sempre desproporcional quando o réu permanecer em regime mais gravoso do que aquele em que ele poderia estar se condenado já fosse.

Temos, também, a não observância ao princípio da humanidade da pena - o valor da pessoa humana impõe limites à quantidade e qualidade da pena. A prisão provisória indevida ou geradora de vícios representa uma medida aflictiva, o que proíbe a Constituição. A acusação indefinida e o período excessivo de privação da liberdade, são fatores de desestabilização do recolhido, de inquietações, que o coloca como provável elemento desencadeador de problemas dentro da unidade prisional. Ademais, tal constrição, acaba tendo um demérito mais acentuado em comparação ao delito praticado e ao bem jurídico tutelado.

Poderíamos também invocar, a quebra ao princípio da não culpabilidade ou da inocência. É indiscutível que a prisão definitiva só advém com a sentença penal condenatória transitada em julgado. A permanência do preso provisório em ambiente celular e de forma indefinida viola o preceito. Em atenção a este, a regra é responder a ação penal em liberdade. O Estado não pode impor uma prisão de natureza cautelar com caráter de definitividade para promover uma ação penal.

Igualmente, não se observa, o princípio da dignidade humana - princípio fundante do Estado Democrático de Direito - que assegura e determina o contorno de todos os demais direitos. No caso, este assevera, que a prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito a dignidade - o que implica em proibição de excessos. Nada mais excessivo, do que uma constrição cautelar em razão de uma acusação permanente e indefinida.

Também é válido falar, em não observância ao devido processo legal. Pois, tais máculas deslegitimam o recolhimento provisório do cidadão, faltando o respeito às regras formais e materiais para fundamentar a prisão de natureza cautelar.

Poderia, ainda, se cogitar na quebra ao princípio da confiança, pois o réu ao responder a uma ação penal espera a aplicação de um procedimento fincado em bases legais, com observância de todo o procedimento garantido. O grau de desrespeito a direitos fundamentais, motivado por uma prisão cautelar sem fim, provoca o esgaçamento da legitimidade da ordem emanada da autoridade competente, concorrendo para a total desconfiância do réu na validade e legitimidade do sistema.

Assim, configurada uma prisão provisória com tais níveis de violações a preceitos constitucionais, nasceria para o juízo das

Execuções Penais a possibilidade de interceder para se restaurar os preceitos fundamentais. Portanto, seria o caso de se avaliar a possibilidade de “progressão de regime” para tal preso provisório, uma vez configurado certos requisitos satisfatórios para o “benefício”.

O argumento de que o preso provisório não pode experimentar os benefícios ao alcance do preso definitivo, como a progressão de regime, em razão de sua condição provisória, é falho, não é válido, tanto moral, quanto politicamente. É um argumento insubsistente e de feições totalitárias, que só se levanta em face dos mais fracos. Nos Estados que professam tal prática, a máquina estatal só se impõe ou só aparenta ser forte aos filhos da má sorte. Promovendo uma “justiça seletiva”, já que somente são atingidos, predominantemente, indivíduos oriundos de seguimentos sociais economicamente desfavorecidos, com menor capacidade intelectual, cultural e econômica e com menos condições, portanto, de exercer os seus direitos. Aos mais abonados, o sistema, não demonstra o mesmo ímpeto. Dessa forma, atuando com dois pesos e duas medidas, com a mão forte sobre os mais fracos e contemporizando os de maiores recursos, o Estado assume a tutela do direito penal do inimigo.

Não pode o Estado, em atenção ao princípio da Justiça, não garantir benefícios ao preso provisório e só fazer-lhe suportar as mazelas do sistema, por desídia do próprio Estado, quando tal preso, reúne condições para titularizar benefícios. Quem suporta o mal se credencia para o bem. E em um Estado Democrático de Direito, o mal será sempre a violação a preceitos fundamentais. A não observância das regras constitucionais postas.

Portanto, é poder-dever do juízo das Execuções Penais, configurando-se todo esse nível de violação à Ordem Constitucional, fazer valer as normas da Lei Maior, em detrimento das regras de competência, de estatura menor no ordenamento jurídico. Tal atuação é fruto do garantismo constitucional, que faz valer a aplicação da Constituição, deixando de ser letra fria, mera folha de papel, no dizer de Ferdinand Lassalle, para uma aplicação efetiva de seus preceitos.

No caso, configurada tal ordem de desvios, há de se aplicar a “progressão virtual da pena” e colocar o acusado em liberdade. A “progressão” haveria, pois cessaria o período de encarceramento. Havendo mudança no *status libertatis* do encarcerado. O caráter de virtualidade da pena está nos males então experimentados pelo preso, que suporta um nível de prisão cautelar com alto grau de desvios e desrespeitos a direitos fundamentais, protraindo-se no tempo, encarando-a como uma verdadeira pena.

Em face de tais considerações, e atento aos princípios constitucionais supra, afastando as regras de competência, para acolher o ideal apresentado no pedido inicial, que se traduz em mudança da situação atual do interno, pois, conforme assaz demonstrado, o preso é primário, tem bom comportamento, endereço certo, não há outras ações penais em seu desfavor, o

delito é de pouca repercussão social e já está preso acerca de 11 (onze) meses, sob a acusação de um delito, cuja pena varia entre o mínimo de 02 (dois) anos e o máximo de 04 (quatro) anos e multa, ou seja, se condenado fosse, havendo a detração do período de encarceramento provisório, já teria tempo mais do que suficiente para pleitear a progressão de sua pena. No caso, presentes estão os requisitos subjetivos e objetivos para a nova medida.

Por fim, há de ser lembrado, que todo magistrado é Juiz de Garantias, sendo-lhe cobrado a defesa da Constituição, do Estado Democrático de Direito e de seus valores. É poder-dever de todo juiz assim se pautar, fazer valer a Lei Maior do País. Impor, a força normativa da Constituição, para lembrar Konrad Hesse.

Portanto, concedo a “Progressão Virtual da Pena” ao preso Francisco João da Silva, devendo o réu aguardar em liberdade o trâmite da ação penal a que responde, comparecendo a todos os atos processuais que intimado for, sob pena de revogação do benefício.

Cumpra-se. Atos devidos. Comunique-se ao juízo processante.

P. R. I.

Guarabira, 24 de abril de 2009.

Bruno César Azevedo Isidro

Juiz de Direito