

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE - UNI-RN

ANA CAROLINE LOPES

**A TEMPORALIDADE DA PRISÃO
E A CRISE NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL.**

**Natal-RN
2012**

ANA CAROLINE LOPES.

**A TEMPORALIDADE DA PRISÃO
E A CRISE NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL.**

Artigo apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito parcial para obtenção do título de Especialista, pelo curso de pós-graduação (*lato sensu*) em Direito Penal e Processo penal, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Orientado pelo Prof. MS. Fabio Wellington Ataíde Alves

Natal-RN
2012

RESUMO

Este trabalho objetiva elucidar acerca da temporalidade da prisão e a crise do sistema de justiça crimina brasileiro, demonstrando que a estrutura do sistema não cumpre uma de suas finalidades primordiais. Desta forma, o detento que cumpre pena, retorna ao convívio social, muitas vezes, pior do que quando começou a cumprir sua pena. Destaca-se que, não se pretende dizer que não devam cumprir pena, mas deve-se lembrar que a pena deve ser cumprida de acordo com a sentença decretada e que ao regressarem se não tiverem uma base sólida de formação educacional e comportamental, não terão condições de se adaptarem ao convívio em sociedade. Por não ser mais réu primário geralmente são levados a delinquir novamente. Pretende-se destacar as principais causas da crise do sistema penitenciário, abordando a problemática do excessivo tempo de conclusão de um processo penal, buscamos enfocar as graves consequências que esse atraso trás para os reclusos, seja no aspecto jurídico ou mesmo no aspecto emocional.

Palavras-chave: Temporalização da prisão; lei de Execução Penal; sistema de justiça criminal; sistema penitenciário; populismo penal.

ABSTRACT

This work aims elucidate about the temporality of prison and justice system crisis in Brazil, demonstrating that the structure of the system does not meet one of its primary purposes. Thus, the prisoner who is serving, return to social life often worse than when he began to serve his sentence. It is highlighted that is not to say that they should not serve time, but it must be remembered that the death penalty should be enforced according to the sentence imposed and that the return if they have a solid base of educational and behavioral, will not be able to adapt to living in society. For no longer offenders are usually taken offending again. It is intended to highlight the main causes of the crisis in the prison system, addressing the problem of excessive time to complete a criminal case, we seek to focus on the serious consequences that this delay back to the inmates, whether in the legal or even in the emotional aspect.

Keywords: Timing of the arrest; the Criminal Sentencing Law; the criminal justice system; prison system; penal populism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 DO ESTADO E DA PENA.....	07
3 DA PENA E DA PRISÃO.....	09
4 A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE E A NORMA.....	12
5 REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	15
6 TEMPORALIDADE DA PRISÃO.....	16
7 POPULISMO PENAL.....	20
8 CONCLUSÃO.....	22
9 REFERÊNCIAS.....	23

1 INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal brasileiro enfrenta uma crise de legitimação e eficácia. A ineficiência das atividades de apuração dos delitos, a morosidade do processo, a situação desumana vivenciada pela população carcerária e os altos índices de reincidência são algumas das chagas de que padece o sistema. Por outro lado, as propostas de mudança legislativa se ressentem de falta de sistematização e são, em grande parte, fomentadas no calor de notícias de crimes graves divulgadas incessantemente pela imprensa.

A questão da crise no sistema criminal é bastante complexa e exige reflexão. A prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena que é o de reintegrar o apenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir. Para os crimes de menor gravidade, converge o pensamento mundial a imposição de restrições aos direitos do condenado, sem retirá-lo do convívio social. A conduta criminoso não ficará impune, e serão aplicadas as determinantes da prevenção especial e da prevenção geral.

Não será simplesmente o “endurecimento” contra o crime ou a melhoria de eficiência da justiça que solucionará a questão. Com o exemplo americano, verifica-se que também não trazem grandes resultados uma política penal severa e uma melhoria das condições econômicas, sem as respectivas melhorias sociais.

Wacquant (2001,p.37) demonstra como os Estados Unidos, de forma precursora caminhou na construção do que ele caracteriza como “Estado - Penitência” e também como as ideias presentes neste modelo se expandem para diversas partes do mundo. Esta nova configuração política do Estado – Penitência caracteriza-se por um conjunto de medidas que se tornaram conhecidas como “tolerância zero” ou “endurecimento penal”. Pautam-se em ações como o aumento da repressão policial nas ruas, por penas mais severas para delinquentes, diminuição da maioridade penal, castigos exemplares para qualquer tipo de delito etc. Os defensores destas ações frequentemente empregam um discurso que negam, ou então torna mínima a responsabilidade do desemprego e da miséria como principais causas da delinquência, deste modo demonstram que toda a responsabilidade por atos criminosos deve ser buscada nos próprios indivíduos.

Wacquant (2001, p.25) destaca que o estado punitivo procura manter o controle dos setores populares que estão à margem do consumo e do sistema capitalista, setores

geralmente representados por pobres, negros e imigrantes, fazendo com que a prisão surja como um instrumento de controle, punição e de gestão da miséria social.

Essas ações são claramente de modo punitivo, pois direta ou indiretamente, acabam ao mesmo tempo cobrindo benefícios, subsídios, conquistas sociais e reforçando o aparelho judicial, policial e penitenciário.

A face visível desta crise do sistema de Justiça criminal é, sem dúvida, a impunidade penal. Ao lado do sentimento coletivo, amplamente difundido entre cidadãos comuns, de que os crimes cresceram, e vem crescendo e se tornando cada vez mais violentos, há igualmente o sentimento de que os crimes não são punidos; ou, quando o são, não o são com o rigor de que seria esperado diante da gravidade dos crimes que têm maior repercussão na opinião pública. Mas, há também outro lado da questão. Se muitos crimes deixam de merecer sanções penais, qualquer que seja isso não significa dizer que a Justiça penal é pouco rigorosa.

O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. A pena e o Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se observar levando em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador.

O número de presos e detidos em regime de prisão provisória no Brasil está crescendo rapidamente há um entendimento generalizado de que a justiça criminal e o sistema penal em vigor são disfuncionais. Em novembro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça anunciou que do total de casos que havia revisado até então, um em cada cinco presos provisoriamente estava irregularmente encarcerado, o que sugere que o problema seja extremamente sério em todo o país. O sistema penal e de justiça criminal brasileiros foram objeto de inúmeros relatórios de especialistas denunciando suas deficiências, além de algumas tentativas *ad hoc* de lidar com diferentes aspectos de seus problemas. Além disso, o sistema também parece violar as próprias leis do Brasil e as disposições constitucionais de proteção dos direitos humanos. Apesar de se comprometer formalmente a garantir uma ampla proteção dos direitos dos seus cidadãos, o governo brasileiro hostiliza os seus próprios funcionários e de uma grande parte da opinião pública em relação a tais direitos é um dos principais impedimentos para a reforma da justiça criminal.

A população carcerária no Brasil, em dezembro de 2009, somava 473.626 mil presos. Destes, o absurdo número de 152.612 sequer foram julgados, fazendo com que 44% estejam presos provisoriamente. Segundo dados da International Bar Association, 5 uma em cada cinco destas prisões é ilegal.. Se analisarmos o comportamento do Poder Judiciário, veremos que em incontáveis vezes o uso da prisão provisória é feito em desacordo com a Constituição. Isto pode ser verificado nos mutirões carcerários do CNJ que revisaram 156.708 processos e beneficiaram 41.404 presos, dos quais 23.915 foram postos em liberdade¹.

Além de ser uma evidente violação de direitos, já que poucas coisas são mais graves do que tirar a liberdade de alguém antes mesmo de um julgamento, o excesso nas prisões provisórias provoca uma série de problemas graves. O primeiro, e mais relevante, é sua contribuição decisiva para a superlotação do sistema. A superpopulação carcerária provoca uma realidade de barbárie em que são rotineiras as práticas de tortura, condições degradantes, insalubridade, doenças, ruptura de laços afetivos e familiares, entre tantos outros. Este trágico quadro afronta diretamente a Constituição Federal, Regras Mínimas para o Tratamento da Pessoa Privada da Liberdade e a Lei de Execuções Penais (LEP), dispositivos legais que têm como princípio a consagração da dignidade da pessoa humana.

2 DO ESTADO E DA PENA

Compreende-se melhor uma ideia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da transcendental afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus.

A teoria do Direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que até para fins utilitários, era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se pretendesse ter aceitação. O que se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal cometido.

¹Dados Ministério da Justiça: INFOPEN. População Carcerária Sintético. Dados de dezembro de 2009 do Infopen 2010.

O Estado absolutista é conhecido também como um Estado de transição. Nesse período ocorre um aumento da burguesia e um acúmulo de capital. Compreende-se o porquê que o Estado absoluto concentrou ao seu redor, e com uso ilimitado, o poder necessário para o desenvolvimento posterior do capitalismo. Nesse sentido a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista.

O Estado absoluto inicia um processo de decomposição e debilitamento, com o surgimento do mercantilismo. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social, tendo o Estado como uma expressão da soberania do povo e com isso aparece a divisão de poderes. A pena passa então a ser concebida como o pagamento à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e aplicada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens.

O Estado reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de impedir a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social, tendo como objetivo político a teoria do contrato social. Rousseau (2002) reforça o contrato social através de sanções rigorosas que acreditava ser necessárias para a manutenção da estabilidade política do Estado por ele preconizado. Propõe a introdução de uma espécie de religião civil, ou profissão de fé cívica, a ser obedecida pelos cidadãos que depois de aceitarem-na, deveriam segui-la sob pena de morte. Mas Rousseau (2002 p.46) também ficava em dúvida sobre até que ponto a pena de morte seria válida, pois como era possível o homem saber se um criminoso não podia se regenerar já que o estado sempre demonstrava fraqueza em alguns momentos.

De acordo com o pensamento retribucionista, é cominada à pena a difícil incumbência de realizar a justiça. Para Kant(2002,p.43) a pena é uma consequência lógica do delito, uma vez que ao mal do delito há que se impor um mal da pena. E é essa relação crime e castigo que traz igualdade à sociedade. Seguindo este pensamento, Kant propõe que, caso o Estado fosse dissolvido voluntariamente, dever-se-ia antes executar o último assassino que estivesse no cárcere, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre o povo que deixou de exigir a sanção. Se o povo assim não procedesse, poderia então ser considerado partícipe da lesão pública da justiça.

3 DA PENA E DA PRISÃO

Na medida em que diminuiu a aplicação da pena de morte, a prisão passou a representar um marco de humanização da sanção penal. Em *Dos Delitos e Das Penas*, BECCARIA (2004, p. 29, 111) acentua que para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime. Que o interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais sinistros à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Quereis prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; esteja à nação inteira pronta a armasse para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las, dizia BECCARIA.

Dizia ANÍBAL BRUNO (2005, p. 11) que fato que se apresenta como contrário à norma de direito, porque ofende ou põe em risco o objeto da sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. E este ilícito que se concretiza nos chamados fatos puníveis — crimes e contravenções. Compreende-se então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure por meio dessa e de outras medidas combatê-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social. Defesa que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condições que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do direito. Por muitos anos, prevaleceu um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e predominou certa atitude pessimista, não há muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A prisão está em crise. Na lição de HELENO FRAGOSO (1980, p. 15), (...) *a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver no momento, outra solução*. MICHEL FOUCAULT (2002, p. 208) denuncia o que seja a

prisão e pergunta se a pena privativa de liberdade fracassou. Ele mesmo responde, afirmando que ela não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha, qual seja, o de estigmatizar, segregar e separar os delinquentes. E em outra passagem, o mesmo autor sentencia (Ibid, 244): (...) *ela é a detestável solução, da qual não se pode abrir mão*. Hoje a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem seus valores distintos daquele da sociedade, por isso o centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções.

A concepção retributiva da pena, ainda que se reconheçam os fins preventivos, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que salde sua culpa. BITENCOURT (1993, p. 143) fala que (...) *não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se os dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros anti-sociais*. A prisão não ressocializa ninguém, porque não nasceu para ressocializar ninguém. É comum que a sociedade não pergunte o porquê de uma pessoa ter permanecido em uma prisão, mas tão somente se lá esteve. Depois de iniciada uma vida criminosa, é muito difícil conseguir a ressocialização. É mais difícil ressocializar uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência.

O sistema penitenciário no Brasil apresenta inúmeros problemas. A ausência de respeito aos presos, a ausência de um tratamento médico regular, ausência de atividades laborativas dentro dos presídios, a superpopulação carcerária e processo de desumanização do preso, fazem com que ocorram constantes rebeliões, demonstrando, de forma trágica, a indignação daqueles que se encontram privados de seus direitos elementares.

A grave superlotação do sistema penitenciário brasileiro é um dos problemas que mais atormenta o país atualmente. São 496.251 presos, 40% deles provisórios, à espera de julgamento, espalhados pelo território brasileiro. Entre 2000 e 2010, o número de encarcerados no Brasil simplesmente dobrou. Segundo dados oficiais da Secretaria Nacional de Segurança Pública entre 2003 e 2009, o governo investiu mais de R\$ 1 bilhão na construção de 97 estabelecimentos penais, além de ter ampliado e reformado outros 37, valor que não inclui equipamentos ou reaparelhamento na área de segurança. Tal esforço resultou em um crescimento expressivo no número de vagas, da ordem de 138%, de 135 mil em 2000 para as atuais 323.265. Mesmo assim, a conta não fecha e o país precisaria de

400 novos presídios para acomodar tantos presos ou de uma nova abordagem para o problema²

Antes de investir R\$ 1 bilhão, o déficit de vagas no sistema penitenciário era de 60.714. Hoje, está em 140.411, um aumento de 122% - proporcionalmente menor do que a ampliação de vagas (138%), que, por sua vez, foi maior do que o crescimento no número de presos (113%) no período. Em mais uma década e com mais alguns bilhões de reais gastos em novos presídios talvez faça sentido².

Mas não basta somente construir é preciso manter presos e presídios. Até pouco tempo, o DEPEN estimava em R\$ 1.600 o custo médio mensal, pago pelo contribuinte, para a manutenção de um preso nas penitenciárias brasileiras. Em alguns estados, a conta chega a R\$ 3 mil por mês. "É um investimento idiota: gastamos bilhões de reais para tornar as pessoas piores do que elas são", resume o ex-diretor do Departamento Penitenciário Nacional Maurício Kuehne (1999).

² Disponível: <http://portal.mj.gov.br/> acesso em 02 de março de 2012.

4 A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE E A NORMA

A Constituição Federal adota a responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando, inclusive, a dignidade humana (art. 5º, III, CF). Ademais, a Carta Magna brasileira proíbe expressamente as sanções perpétuas, capitais, cruéis e degradantes e elevou essas garantias à condição de cláusulas pétreas(art. 60, § 4º, inc. IV CF).

A pena de morte e a prisão perpétua são expressamente proibidas pela nossa Lei Maior, ressalvando, somente, a pena de morte, para a hipótese de guerra declarada (arts. 5º, XLVII, a e 84, XIX).

A pena de prisão perpétua não pode ser instituída no Brasil, quer por meio de tratados internacionais quer mediante emendas constitucionais.

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior obstáculo para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

Com propriedade BITTENCOURT (2003, p. 615.) explica o princípio da humanidade citando Bastos Ramirez: “Recomenda-se que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social”.O banimento de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura penitenciária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade, que não se compatibiliza com penas perpétuas. Segundo ZAFFARONI(1999 p. 139), esse princípio determina (...) *a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito.*

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa. Isolar uma pessoa do meio social

ocasiona uma profunda desadaptação que torna difícil sua reinserção social, especialmente no caso de pena superior a 2 (dois) anos.

Melhores condições nas prisões e tratamento condizente com a dignidade do recluso são capazes de evitar fatores materiais e psíquicos. Mas sempre haverá lesões invisíveis que são em muitos casos irreversíveis, como interromper o ciclo normal de desenvolvimento de uma pessoa. Esse recluso sofre um processo de aculturação que dificulta o seu retorno à sociedade. A situação torna-se mais trágica no caso do egresso, pois a prisão marca o indivíduo criando uma rejeição social, etiquetando o egresso de ex-presidiário, fechando-se os caminhos para o trabalho e para o convívio no meio social. Os órgãos da execução penal devem ter motivos sérios para que deixem de cumprir deveres impostos por lei.

As finalidades da pena e da execução penal (reprimir, retribuir, propiciar meios para adequada reintegração ou integração social(...)) são ignoradas, transigindo com direitos alheios e esquecendo que o princípio da legalidade vigora na execução penal, permanecendo intactos os direitos não atingidos pela sentença condenatória; e, também, ignorando no processo de execução e nos procedimentos disciplinares os princípios do contraditório.

Reconhecida a superlotação, mesmo tendo conhecimento das diversas formas de amenizar por meios de recursos imposto por lei, ainda que minimamente, tiveram âmbito de abrangência sensivelmente diminuído por pressão do Ministério Público, o mesmo que silencia frente às ilegalidades. A conclusão é um verdadeiro desatino.

Alguns costumam invocar os altos índices de reincidência para o indeferimento de benefícios e para sustentar que a Lei de Execução Penal é excessivamente branda. Na realidade, no Brasil, não há dados estatísticos confiáveis, mas supondo que os índices de reincidência girem em torno de 50%, como dizem. Para os “vingadores da sociedade”, esse dado aconselha que todos cumpram suas penas, integralmente, em regime fechado. Todavia, esse dado pode, perfeitamente, significar que, apesar das péssimas condições das celas, das cadeias e das penitenciárias, apesar de toda a estrutura do sistema estar voltada, unicamente, para o castigo, a metade dos condenados não volta a delinquir.

Não parece uma atitude inteligente manter a pessoa presa por período excessivamente longo. A pena um dia chegará ao fim, quer queiram, quer não queiram os

“vingadores”. Centenas delas findam, diariamente, no País, e a sociedade fica a experimentar o resultado dos rigores da lei.

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto às antigas que, se na época não foram injustas, hoje, indiscutivelmente, o são. Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado. Por isso, o centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal, luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade. Daí a advertência de CLAU ROXIN(BITENCOURT apud ROXIN, 1986, p. 42-43)de “não ser exagero dizer que a pena privativa de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”.Nesse sentido,BETTIOL(1967, p.129) já advertia, há mais de cinquenta anos, que (...)

Se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente

Até a sentença penal condenatória tudo se faz para cumprir a lei. Ao ingressar na fase de execução, quando emergem os direitos do condenado, já não é mais necessário.

Em um dos seus julgados o Ministro Sepúlveda Pertence relata que a:

Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas.

Sendo inidônea a *motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica.* (STF, RHC83.179/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Chambliss e Seidman(1982, p. 4 e 503) sustentam que a justiça penal

não é um mecanismo neutro capaz de resolver pacificamente os conflitos sociais, senão mera expressão da estrutura conflitual de uma sociedade cujas repartições oficiais atuam conforme as "estruturas de poder" e consoante os interesses dos grupos que o detêm, tanto ao criar o Direito como ao aplicá-lo.

5 REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A reforma do Código de Processo Penal foi publicada pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

A *novatio legis* traz regras gerais aplicáveis às cautelares, que serão decretadas com a observância dos seguintes critérios (art. 282):

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas pelo Juiz isolada ou cumulativamente, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, de ofício ou a requerimento das partes. O pedido de medida cautelar se submeterá ao contraditório, salvo os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Já no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, nos termos do art. 312, parágrafo único, decretar a prisão preventiva. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, se sobrevierem razões que a justifiquem, voltar a decretá-la. A prisão preventiva será determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa.

O art. 319 traz o rol “das outras medidas cautelares”, aumentando expressivamente a tutela de urgência no processo penal.

O rol é exemplificativo, nada impedindo que o juiz, com base no poder geral de cautela, determine outras medidas, desde que fundadas em critérios análogos aos que informam as hipóteses dos incisos I a IX do art. 319, do CPP, bem como infundidos nas

diretrizes gerais do art. 282. Em alguns casos, poderia levar-se à decretação da prisão preventiva prioritária, quando o atual sistema procura conserva-la apenas para as hipóteses em que as outras cautelares se revelem insuficientes ou inadequadas. Por fim cumpre destacar, que, não se aplicam as medidas cautelares aos casos infrações para as quais não haja cominação, nos termos do §1º do art.283.

6 TEMPORALIDADE DA PRISÃO

A prisão preventiva não pode ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois no sistema jurídico brasileiro prevalece o princípio da liberdade. E nem deve ser confundida coma prisão.

Afirmou o Ministro Eros Grau, que a prisão preventiva:

Como exceção à regra da liberdade, é providência excepcionalíssima e, por isso mesmo, só deve ser decretada nas hipóteses arroladas no art. 312 do Código de Processo Penal, conjugadas com situações reais concretamente demonstradas, a justificarem a necessidade da medida extrema de segregação da liberdade *ante tempus*.

O processo necessita mesmo sem alcançar sua forma perfeita, encontrar o seu determinação. Em decorrência, o tempo processual coexiste intimamente com o direito de defesa, o qual sujeita o acusado ao martírio da persecução penal. Primeiro texto a destacar sobre a duração razoável do processo foi a Convenção Europeia dos Direitos do Homem assegurando a obrigatoriedade da liberdade do acusado penalmente por não ser assegurada a temporalização processual. A Convenção Americana de Direitos Humanos reconheceu que dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

Ocorre o entendimento de que a prisão preventiva não pode ter duração ilimitada, excessiva:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o encerramento da instrução criminal afasta a alegação de excesso de prazo. Todavia, aquela inteligência haverá de ser tomada com o temperamento jurídico necessário para atender aos

princípios constitucionais e infraconstitucionais, especialmente quando o caso evidencia flagrante ilegalidade decorrente do excesso de prazo não imputável ao acusado. Precedentes das Turmas (HC 87.913, Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 07/12/2006).

Cabe, assim, ao Estado aparelhar-se objetivando a tramitação e a conclusão do processo criminal com atendimento dos prazos processuais e, portanto, em tempo razoável. Configurado o excesso, impõe-se, como consequência da ordem jurídica em vigor, a liberdade do acusado, até então simples acusado (HC 86.104, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 23/03/2007).

É de importância encontrar um equilíbrio entre o direito e o processo no prazo razoável e consequentemente o direito de defesa. O processo se condiz com princípio da ampla defesa, de modo que a procedimento defensivo não justifica a restrição da liberdade ou a tardança do processo, no qual o exercício de defesa não pode se voltar contra o seu titular que até em tão é inocente.

Ressaltando no relato, Ministro Cezar Peluso, que esta é

A razão por que o Plenário já assentou que duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, substancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave (HC 85237/DF; Rel. Min. Celso de Mello; J. 17.03.2005. Idem, HC 85583/MG; 1ª Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; J. 09.08.2005).

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.

Segundo a nova disposição se fosse recalcular o prazo limite seria de 105 dias no procedimento ordinário. O prazo de 105 dias da Justiça Estadual deverá ser contado do momento da propositura do inquérito. Não somente isso, o tempo máximo de prisão

cautelar não poderá ultrapassar o limite da pena em abstrato do pelo qual o acusado está preso.

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula nº 697/ STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.

O tribunal do Rio Grande do Sul entendeu em um julgado em 2007 que em função de inexistência de um limite máximo para a duração do processo, ficou a critério do julgador para definir a ocorrência de excesso de prazo e suas consequências. Em um dos julgamentos, o Relator Nereu José Giacomolli considerou que a demora processual interferiu no conteúdo probatório. A vítima como as testemunhas não mais se recordava dos fatos, restando à absolvição. Uma prisão em excesso pela demora processual, um encerramento que retira da sociedade um indivíduo sem perspectiva para uma futura absolvição, que mesmo absolvido para a sociedade é um acusado³.

Gustavo Plat (1999) manifestar-se favorável ao abrandamento do regime de prisão preventiva, admitindo a extensão das normas penitenciárias aos presos provisórios, por exemplo, o direito a saída temporária para trabalhar. Em uma de suas sentenças o Juiz de Direito da Comarca de Guarabira teve um entendimento semelhante ao de Plat, quando em sua sentença decidiu por uma “progressão virtual”, entendendo que o tempo da suposta

³ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70.007.100.902, 5ª C. Crim., Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 17/12/03, Comarca de Gravataí. Sobre o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cf. LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. “Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8

pena que o réu estava sendo acusado e o tempo que havia cumprido preso, se caso tivesse sido sentenciado já estaria no direito a progredir de regime⁴. O direito a um processo com duração razoável tem como fim evitar que as pessoas sejam submetidas ao processo por tempo maior do que o necessário, protegendo-as dos efeitos trágicos que uma acusação produz sobre sua imagem.

É razoável que o prazo legal proteja o indivíduo desde o primeiro ato em que estes efeitos podem afetá-lo. Portanto, o marco inicial ideal é o início da investigação, sobretudo no processo penal brasileiro, em que o suspeito preso, ou em processo de investigação, é apresentado à sociedade como um troféu, onde a pena, por sua vez, principia com o aflorar da suspeita contra uma pessoa (Carnelutti, 2004, p.23). Durante a investigação, o indiciado é tachado de delinquente, que só se reforça com o passar do tempo. Diminuir o tempo do processo, evita que a desonra inicialmente imposta, ganhe dimensões e alcance dimensões ainda maiores.

⁴ Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13335-Progressao-de-regime-a-preso-provisorio>/acesso em 20 de janeiro de 2012.

7 POPULISMO PENAL

Segundo PRATT (2007, p.12) o Populismo nos diz os modos pelos quais criminosos e prisioneiros são vistos como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e em particular daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente. As pessoas comuns vê tal coisa como uma inversão, na medida em que aqueles que seguem as leis e são vítimas serão punidas e aqueles que rompem com a legalidade são beneficiados. A justiça deve proteger a maioria da população e dar respostas duras àqueles que não podem viver em sociedade e são incapazes de se reabilitarem.

As campanhas pela lei e pela ordem são endereçadas também ao sistema penal, classificada como leniente, lento, atrasada e que, ao final, ajudam mais aos réus e presos do que aqueles cidadãos que obedecem a ordem instituída.

O populismo penal obedeceria a um senso comum anti-intelectual contra o sistema criminal vigente e a mobilização emocional seria mais importante do que estatísticas que provariam a eficácia e a eficiência do sistema criminal.

No governo Itamar Franco, foi incluído entre os crimes hediondos (lei 8.930/94), quando também houve a participação de iniciativa popular, o homicídio praticado “em atividade típica de grupos de extermínio, ainda que cometida por um só agente”. Tal lei foi conhecida como Daniela Perez ou Glória Perez, replicando o experimento norte-americano. O mesmo expediente foi aplicado na lei 11.340/06, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva visando aumentar o rigor da punição contra a mulher em ambiente doméstico. Tal lei ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”. Maria da Penha Maia Fernandes foi duramente espancada pelo marido durante seis anos e resolveu denunciá-lo.

A criação de novos tipos penais e o aumento do rigor para punir, quase sempre, é precedido por um movimento que envolve políticos, mídia e opinião popular organizada.

Desde a morte trágica do menino João Hélio ocorrida em sete de fevereiro de 2007, uma intensa, tenaz, emocional e tendenciosa cruzada tem sido desenvolvida para tentar resolver o problema da alta criminalidade no Brasil. O caso é alimentada fartamente pelo sensacionalismo da nossa imprensa. O país comovido com mais um crime hediondo,

indignado com criminalidade reinante e irmanado às vítimas da violência no país, podem liderar um glorioso movimento pela diminuição da maioridade penal e endurecimento das penas. Tudo isso em nome de um Brasil menos violento, onde o povo honesto e de bem possa viver mais tranquilo, e não como pobres reféns dos criminosos.

A ênfase, para a preocupação de milhões de brasileiros, tem sido colocada no aumento da punição, seja ela dirigida aos adolescentes ou aos adultos. Desconhecendo que o Brasil já possui um Código Penal que pune a todos e tudo e que não fica a dever aos países mais punitivos, indiscriminadamente, muitos políticos e parte da mídia estimulam a diminuição da maioridade penal, o aumento das penas, o cumprimento quase integral das mesmas e, enfim, enterram qualquer ideal de reabilitação. Os partidários do tratamento duro ao crime não mobilizam estatísticas, desconhecem as características do sistema prisional, não denunciam as precárias condições dos estabelecimentos que abrigam os adolescentes que cumprem pena privativa de liberdade ou os programas de liberdade assistida, não estimulam a criação de programas de prevenção. Na verdade, pegam o roteiro pronto e requentam-no para adequá-lo ao Brasil.

As teses principais do populismo punitivo são as de que a punição dura e a certeza da punição diminuiriam o número de crimes. As teses em questão sofreram duros golpes por parte de pesquisadores.

O populismo penal já é uma realidade no Brasil, mesmo com características própria. Resta averiguar se tal movimento interfere no funcionamento das instituições democráticas e nos direitos civis e políticos dos brasileiros.

Os estudos sobre a mídia brasileira não podem confirmar ainda a centralidade da mesma na formação de um populismo penal. Ainda não existe uma tradição de estudos desenvolvidos pela Criminologia Cultural e do Construcionismo que se preocupam em estudar as várias modalidades de produção midiática que interferem nas decisões dos operadores do sistema criminal e na produção legislativa.

Não é o caso de defender o crime ou o criminoso considerado culpado depois da sentença transitada e julgada, mas a utilização da guerra ao crime para retirar direitos e recuperar a legitimidade política de instituições abaladas pelo descrédito popular.

As resistências para efetivação do populismo penal existem, mas enfraquecidas pela aliança progressiva entre políticos, mídia e vítimas.

8 CONCLUSÃO

A duração razoável do processo está longe de ser garantido em nosso ordenamento. A determinação dos limites temporais deve ser realizada pelo legislador, considerando as peculiaridades de cada procedimento. Não se defende a criação de prazos inflexíveis, mas, sim, prazos que, excepcionalmente, poderiam ser administrados levando em consideração as peculiaridades de cada caso, obviamente compelindo o julgador fundamentar o motivo das dilações processuais, como já prevê a Constituição da República.

Entenda-se que o que se garante ao acusado não é a absolvição, mas, sim, o direito de ser julgado com observação de garantias que se coadunam com o princípio acusatório. É necessário, então, pensar na importância da duração do processo para que o processo se apresente como uma garantia do acusado e não a antecipação parcial dos efeitos da tutela penal. Até mesmo porque, não sendo assim, a garantia de presunção de inocência é descartada e o que se observaria seria a aplicação de um princípio de presunção de culpa.

O sistema penal somente estará explicado quando a soma das violências que ele pode prevenir for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis. O sistema penitenciário desintegra os socialmente e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade, levanta-se um muro que impede uma concreta solidariedade com os delinquentes ou inclusive entre estes mesmos. A separação entre honestos e desonestos, que ocasiona o processo de criminalização, é uma das funções simbólicas do castigo e um fator que impossibilita a realização do objetivo readaptar.

O processo deve ser instrumento de efetivação das garantias processuais. Para tanto, como observado no corpo do artigo, estas devem ser coordenadas de forma adequada, a fim de evitar que a forma processual se apresente como instrumento tão burocrático, que ele próprio seja um óbice à busca do processo justo e célere.

9 REFERÊNCIAS

ARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004.
BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 1. Companhia Editora Forense, 2005

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Coimbra: editora Coimbra, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** – causas e alternativas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 7ª Ed. Campinas: Bookseller, 2004.

CHAMBLISS, William; SEIDMAN, Robert. Law and power. 2. Ed. Reading Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1982.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía. Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad. In: **LIBRO homenaje a Antón Oneca**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982. **Fundamentos de Derecho Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Rogério. **Comentários ao código penal**. 5.ed. Revista , ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2011: Saraiva, 2011. 17. NUCCI, Guilherme de Souza.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de Direito Penal**:. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, I. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. Curitiba: Juruá, 1999.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos y. **Régimen abierto y ejecución penal**. Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1988.

PLAT, Gustavo. Defesa Publica em La Etapa de Ejecucion Penal y Grantias durante La Prisión Preventiva. **Talles Regionales: Foro Internacional: Justicia y Derechos Humanos.**Lima: CES, 1999.

PRATT, John. **Penal Populismo.** New York: Routledge, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social.** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. **Revista de Direito Penal.** Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Zauhar, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal – *Parte General*. Buenos Aires : Ediar, 1991.