



DA FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: CONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO PARA A SAÍDA DE PRESOS CONDENADOS A REGIME SEMIABERTO NO RIO GRANDE DO NORTE

Rafael Diógenes Marques*

RESUMO

O presente artigo tem o intuito de analisar a constitucionalidade das decisões judiciais que denegam autorização a saídas externas aos presos condenados a regime inicial de cumprimento de pena semiaberto no estado do Rio Grande do Norte. Inicialmente, faz-se considerações sobre o sistema penitenciário pátrio e local, partindo-se para uma visão de função da pena que corrobore com os preceitos de Estado Democrático-Constitucional, tal qual elencado em nossa Carta Magna. Após, analisa-se a constitucionalidade da medida propriamente dita, chegando-se à conclusão inevitável da falência de nosso sistema penitenciário e do papel do Poder Executivo nesse cenário caótico.

Palavras-chave: Saída externa. Sistema penitenciário. Constitucionalidade.

“Como concebem as pessoas, incluindo também os juristas, quanto à condenação, algo de análogo àquilo que ocorre quando um homem morre [...]. Sob certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a

* Graduando em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Presidente da União Norte-riograndese dos Estudantes de Direito Internacional (UNEDI) e Secretário-Geral da XII Edição da Simulação de Organizações Internacionais (SOI). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4149351055118445>>.

um cemitério; mas esquece-se de que o condenado é um sepultado vivo.”

(Francesco Carnelutti)

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro padece há décadas da falta de efetivas políticas públicas que promovam os direitos dos detentos. O descaso do Poder Público em efetivar o adequado cumprimento da pena, através de estabelecimentos prisionais bem estruturados e profissionais treinados para lidar com a população carcerária, é patente em nosso país e, destacadamente, no estado do Rio Grande do Norte.

Com efeito, no que tange ao tratamento do sistema carcerário, percebe-se que há a necessidade de perfeita interação entre dois Poderes da República, o Judiciário e o Executivo. Como ocorre em outras áreas da vida social, na falta de atuação efetiva do Executivo na garantia dos direitos fundamentais dos presos, urge-se para que o Judiciário intervenha na defesa das prerrogativas elencadas na Constituição Federal.

A patente falência da política criminal e do modelo punitivo de nossa pátria não podem ser fundamentos para a continuidade de violações a direitos constitucionalmente garantidos. Diante de tal cenário, deve-se indagar qual é o real papel da pena, inserida no contexto do Direito e como fato social, e qual é o resultado que se espera ao punir.

A cultura opressiva e de criminalização descontrolada de condutas que vivemos não tem gerado os resultados pretendidos. O Conselho Nacional de Justiça aponta para estatísticas assustadoras, ainda não confirmadas, de mais de 70%¹ de reincidência criminosa.

Nesse ínterim de total ineficiência e desrespeito aos direitos em que o sistema carcerário vive, o presente artigo tem o fulcro de analisar a inconstitucionalidade da manutenção do preso em regime fechado, ou equivalente, quando a sentença condenatória determina cumprimento em regime semiaberto.

Com efeito, por vezes o magistrado vê-se na situação em que a falha do Poder Executivo em prover à sociedade estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento de pena em regimes semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) e aberto (casa de albergado ou estabelecimento adequado), tal como preleciona o artigo 33 do Código

¹ Para maiores informações acesse: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101733>.

Penal², prejudica o direito do apenado de progredir no cumprimento de sua pena. De fato, a falha do Poder Público, especialmente em nosso estado, não embasa a manutenção de preso em regime mais gravoso.

Em âmbito local, o Provimento nº031 de 2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte³ (CGJ), em seu artigo 10, determina que as penas em regime semiaberto e aberto, na ausência de estabelecimento adequado, devem ser cumpridas “em cadeia pública ou estabelecimento prisional congênere, com obrigação de recolhimento noturno e nos dias de folga, na localidade em que o condenado exerce emprego fixo ou residam familiares”. Dessa forma, seguindo entendimento dos Tribunais Superiores, não se mantém, em tese, o apenado em regime mais gravoso.

No momento da efetivação do mandado de prisão, expedido pelo juízo de conhecimento, em casos de punições em regime fechado e semiaberto, há que se remeter o processo para o juízo de execução – após expedição da correspondente guia de recolhimento – que será o competente para acompanhar o cumprimento da pena. Deve também a autoridade administrativa do local onde estiver recolhido o preso proceder com a adequação do cumprimento de pena conforme o disposto na sentença, sujeito a controle judicial posterior.

Ocorre, dessa forma, que, nas condenações a regime semiaberto, será recolhido o preso em local comum aos presos do regime fechado, em face da falta de vagas em estabelecimento adequado ao cumprimento de regime semiaberto em nosso estado. Logo, será competência do juízo executor determinar a remoção do apenado para o regime adequado em estabelecimento próprio, na ocasião de surgimento de vagas.

O modo de cumprimento dos regimes semiaberto e aberto *sui generis* de nosso estado autoriza a saída diária do apenado, somente devendo o mesmo pernoitar no presídio ou centro de detenção provisória.

Nesse contexto, há que se questionar a legitimidade da execução penal em impedir que o apenado tenha autorização para saídas externas, principalmente quando o fundamento utilizado é a espera de vaga. Tal procedimento, na ausência de estabelecimento prisional adequado ou estando este superlotado, figura efetivamente como violação ao direito público subjetivo do réu de cumprir pena nos moldes exatos de sua sentença condenatória, conforme consolidado em nossa Carta Magna.

² Art. 33, § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

³ CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Provimento nº 031 de 2008. Disponível em: <http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=156&Itemid=123>.

Procurar-se-á fazer uma apreciação atenta da constitucionalidade dessa medida no âmbito da execução penal do estado do Rio Grande do Norte, focando a necessidade de se buscar a análise de cada caso concreto e a devida adequação de nosso sistema prisional aos preceitos de um Estado constitucional.

2 CONDIÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Antes de se analisar especificamente o caso, é preciso estabelecer a situação atual de nosso sistema penitenciário, pontuando sua finalidade teleológica pretendida e a realidade vivenciada. Há que se enfatizar o ponto de não se poder falar, efetivamente, em sistema, já que a articulação, a preparação, e os recursos são totalmente mal empregados e mal administrados, resultando em um amontoado de instituições que representam o papel penitenciário em nosso Estado.

Quando se trata da estruturação de um ambiente penitenciário adequado, além da má vontade política, o grande problema da questão pode ser atribuído à corrupção, ao preconceito e à falta de capacitação dos agentes envolvidos (RIBEIRO, 2010, p. de internet).

O preconceito da sociedade para com a massa carcerária, em grande parte devido a sua origem social pobre, enseja um ciclo vicioso que acaba por marginalizar ainda mais essa população. A falta de objetivo ou aproveitamento dos presos faz com que eles não tenham propósito definido ao sair do estabelecimento prisional.

Esse cenário, como aponta Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p. 40), não é recente e, a partir do início do século XX, “consolida-se o sentimento de que o país não tratava adequadamente seus prisioneiros”. O Brasil nunca se preocupou efetivamente com a condição do sistema carcerário.

2.1 O sistema carcerário norte-rio-grandense

A situação carcerária do estado do Rio Grande do Norte não é destoante do cenário nacional em que pese à inadequação e colapso do sistema. Em relatório confeccionado pelo

CNJ e divulgado em janeiro de 2011⁴, fruto dos trabalhos do mutirão carcerário, parte da realidade penitenciária do estado foi trazida a lume.

A quantidade de presos existentes em âmbito local chega a 5.581, inclusos os que cumprem pena em regime aberto e os submetidos à medida de segurança. São vinte e nove estabelecimentos onde os apenados cumprem penas, sendo quatorze dos quais correspondentes a delegacias convertidas em prisões sem a mínima estrutura digna.

Apenados sentenciados convivem normalmente com presos provisórios da mesma forma que compartilham cela com presos civis. O regime semiaberto é cumprido, em boa parte do estado, em estabelecimentos destinados ao regime fechado, ficando o condenado sujeito a autorizações para saída externa, dependendo do entendimento do juízo.

Os regimes de privação de liberdade aberto e semiaberto, conforme constatou o CNJ, são regradados de forma distinta conforme o juízo, já que o colapso institucional demanda profundas adaptações do disposto na Lei de Execução Penal.

Em conclusão, o relatório afirma:

[...] o que se verificou e deve ser qualificada como grave e séria, é a condição estrutural das unidades prisionais do Estado, em sua grande maioria carceragens de Delegacia de Polícia transformadas, por ato do Executivo local, sem o acréscimo de um único tijolo, em Centros de Detenção Provisória que não oferecem aos reclusos, sejam definitivos ou provisórios, a mínima condição de salubridade, higiene e segurança. (CNJ, 2011, p. 280-281)

Há, porém, que se reconhecer que o momento atual é o mais propício para a mudança desse cenário. Com efeito, vivemos o maior período democrático de nossa história. A cidadania está se consolidando em nossa sociedade e não se pode deixar passar a reforma do sistema carcerário. Nesse ínterim, é de suma importância analisar se a pena está efetivando seu papel tal qual definido pela Constituição Federal.

2.2 A teoria unificadora preventiva e a função da pena sob a lente da Constituição Federal e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório do Mutirão Carcerário em atuação no Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-mutirao-carcerario/relatorios>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

A função da pena é tema dos mais controvertidos na discussão doutrinária e prática do Direito Penal. Enquanto punição, a pena possui suas origens nas teorias absolutas ou retributivas, as quais associavam esse instituto à mera retaliação ao mal causado. A pena acabava, portanto, por ser um fim em si mesma.

Percebeu-se que mesmo como retribuição, a pena possuía limitações, pois deveria ser atribuída na justa medida do dano causado, compreendendo-se, então, a ideia de limitação pela culpabilidade do autor. Desse modo, o Direito Penal, como instrumento de aplicação da pena pelo Estado, também surge com a necessidade de se impor regras claras para o exercício da força por parte do poder estatal.

Como destaca Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 83), a análise do instituto da pena está diretamente relacionada ao entendimento da forma de Estado adotada. Com efeito, sendo a pena a expressão final do poder punitivo estatal, sua função deve ser extraída da própria forma de Estado constituída.

Nesse ínterim, cumpre-se tecer breve comentário sobre a função da pena no Estado Democrático-Constitucional, caso aplicável à República Federativa do Brasil, país que, após o advento da Constituição Federal de 1988, adotou uma forma de Estado baseada essencialmente na máxima efetividade dos direitos fundamentais, tendo seu sistema jurídico como ponto de referência a própria Carta Magna.

A mudança teleológica e axiológica imposta ao entendimento do Direito Penal e da função punitiva estatal como um todo pela promulgação da Constituição foi extrema. Passa-se de um modelo de Estado policialesco, militarizado e ditatorial para uma estrutura que preza pela dignidade da pessoa humana, pelo respeito aos direitos fundamentais e assentado essencialmente na democracia.

O artigo 1º da Constituição, em seu inciso III, estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, em seu parágrafo único, enuncia o preceito democrático da estrutura estatal. Ademais, o artigo 5º é o marco no estabelecimento de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais o qual, saliente-se, não é um rol taxativo.

É preciso, então, que à luz da Constituição, possa-se traçar o novo panorama da função da pena prevista pelo constituinte originário para a sociedade. Nesse sentido, Claus Roxin (2008, p. 95) elabora, a partir da compreensão contemporânea de Estado Constitucional, a teoria unificadora preventiva da pena, a qual procura dar entendimento constitucional desse instituto do Direito Penal. Com efeito, afirma o doutrinador:

O ponto de partida de qualquer teoria hoje defensável deve ser baseada na compreensão de que o fim da pena só pode ser do tipo preventivo. Uma vez que as leis penais só se justificam quando elas tendem a proteger a liberdade individual e a ordem social que está ao seu serviço [...] também a pena concreta só pode perseguir isto, ou seja, um fim preventivo do crime [...] Daqui resulta, além disso, que a prevenção especial e prevenção geral devem ser incluídos em conjunto como o fim da pena. Uma vez que os crimes podem ser evitados através da influência sobre o particular como sobre a coletividade, ambos os meios estão subordinados ao fim último a que se estendem e são igualmente legítimos.⁵ [tradução livre]

Para Roxin, portanto, a previsão constitucional denota compreender a pena em seu aspecto primeiramente preventivo. Vale dizer, a pena deve possuir o escopo de evitar que aquela conduta volte a se repetir em âmbito social. Em seu caráter geral, a prevenção atua de modo mais coercitivo, mostrando para a sociedade que aquela conduta não deve ser praticada, pois corresponderá a uma pena. Já no âmbito especial ou específico, a pena deve proporcionar a efetiva ressocialização do apenado, evitando a reiteração da conduta criminosa.

Acerca das críticas de conflitos entre os objetivos preventivo-especiais e gerais, Roxin (2008, p. 97) responde afirmando que, nestes casos específicos, deve haver um sopesamento dos escopos, a fim de garantir a efetivação da prevenção a nível social e pessoal do criminoso. Destaca, porém, que a prioridade deve ser da vertente especial da prevenção, vez que sua preferência não prejudica a garantia de premissas preventivo-gerais, enquanto que a primazia desta pode anular os efeitos especiais.

Na divisão das fases da pena, Roxin (2008, p. 99) explicita que fins devem ser perseguidos prioritariamente para que se alcance um Direito Penal condizente com preceitos constitucionais. Na cominação da pena, ou seja, na determinação abstrata do crime, deve-se seguir o caráter preventivo-geral, já que a codificação tem o objetivo de conscientizar o cidadão, a fim de evitar o cometimento de delitos. Na aplicação da pena, momento da sentença, é necessário atentar-se para os dois escopos – especial e geral –, mas tomando como primário o preventivo-especial, já que esse não exclui o preventivo-geral.

Por fim, na execução da pena, prestar-se-á ao fim preventivo-especial, tendo em vista que a principal função nessa fase é a ressocialização, pois o interesse geral de conscientização

⁵ El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio [...], también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito [...] De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

já fora alcançado com a cominação e aplicação da pena. Ademais, esta última fase possui caráter pessoal e a aplicação exacerbada da prevenção geral poderia ocasionar o efeito oposto, o criminoso se sentiria intimidado e à parte da sociedade, vindo a cometer mais crimes.

A sistematização de Claus Roxin atende a um modelo de pena que pode ser relacionado ao Estado Democrático-Constitucional. O esforço em centralizar a prevenção corresponde à concretização da garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Desse modo, a compreensão da função da pena deve necessariamente perpassar o filtro constitucional, visto que a Carta Magna é suprema em nosso ordenamento, devendo tudo se adequar a seus ditames.

Nesse íterim, o artigo 5º, *caput* e incisos III⁶, XLIX⁷ e LXI⁸, combinados com o supra referido artigo 1º, inciso III, todos da Constituição Federal, por exemplo, expressam imposições irrevogáveis aos *jus puniendi* estatal. Representam limitações à aplicação da pena e, assim, constituem conteúdo material para entendimento de sua função.

Não é em outro sentido que se dispõe no artigo 5º, (6)⁹, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, ao elencar expressamente que a função da pena deve ser dirigida à ressocialização. Frise-se que o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de atribuir *status* supralegal a tratados de Direitos Humanos que não possuam nível constitucional (pela regra do artigo 5º, §2º, da Constituição), o que importa afirmar que tais normas possuem caráter hierárquico superior a leis ordinárias e, portanto, não podem ser revogadas por estas (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 260).

Analisando-se a Constituição como um sistema de regras e princípios que devem ser interpretados segundo atividade hermenêutica a fim de extrair as normas jurídicas, não há como se chegar a conclusão diversa daquela sintetizada por Claus Roxin para definir a adequação da pena ao ordenamento brasileiro.

Os mandamentos constitucionais relacionados à garantia dos direitos fundamentais e os próprios objetivos da República elencados no artigo 3º da Carta Magna apontam para a função da pena a ser adotada em nossa nação.

⁶ Art. 5º, inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁷ Art. 5º, inciso XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

⁸ Art. 5º, inciso LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁹ Art. 5º, (6) - As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

A análise sistêmica dos dispositivos constitucionais e supralegais que versam sobre a limitação do *jus puniendi* estatal impõe, portanto, a conclusão de que a pena inserida no sistema jurídico pátrio deve possuir função mista, priorizando-se essencialmente a ressocialização.

Partindo-se dessa premissa, há que, por consentâneo lógico, se promover a tese da ressocialização em todo o Processo Penal, destacando-se aqui a execução da pena, fase em que são verificadas, como já aludido, as maiores atrocidades à nossa Lei Maior.

3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA DENEGAÇÃO DO DIREITO A SAÍDAS EXTERNAS PARA INDIVÍDUOS CONDENADOS A REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMIABERTO

Após a exposição dessas considerações iniciais, fundamentais para contextualização sistemática do caso concreto em análise, se fará um esforço hermenêutico-dogmático para auferir a constitucionalidade das medidas executivas adotadas no âmbito do Judiciário norte-rio-grandense trazidas a lume no tópico referente à introdução. Adotar-se-á a sistemática exposta por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2008, p. 246) para conclusão sobre a correspondência ou não da medida com a Constituição Federal.

Para tanto, é preciso estabelecer o objeto da análise, ou seja, definí-lo. Dessa forma, deve-se partir para a explanação do procedimento de transferência de competência do juízo de conhecimento para o juízo de execução penal, momento em que se ocorrerá a conduta que titula este tópico, foco da perquirição de constitucionalidade.

3.1 Delimitação do objeto: do procedimento para início do cumprimento de pena privativa de liberdade

A Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹⁰ (CNJ) foi adotada em consonância com a grande deficiência de nosso ordenamento em uniformizar e adequar os procedimentos de execução da pena privativa de liberdade. Em âmbito local, conjuntamente

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 113/2010. Publicada no DJ-e nº 73, em 26/04/2010, p. 03-07. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

com o Provimento nº 31 da Corregedoria de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte¹¹, compõe o arcabouço normativo no que diz respeito aos procedimentos para execução desses tipos de pena. É preciso trazer à baila alguns pontos importantes desses instrumentos para o entendimento do objeto sujeito à análise de constitucionalidade.

Inicialmente, cumpre-se esclarecer que quando da condenação transitada em julgado em primeiro grau de jurisdição para penas privativas de liberdade correspondentes ao regime semiaberto ou fechado, deve o juízo de conhecimento proceder à expedição de mandado de prisão para a captura do apenado, somente iniciando-se a execução a partir daí. Tal entendimento encontra guarida no artigo 1º, parágrafo único, do Provimento nº 31 da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ), que estabelece expressamente a necessidade do juízo de conhecimento manter os autos em sua Secretaria até o cumprimento do referido mandado.

Estando o sentenciado recolhido em estabelecimento prisional, procede-se à confecção da guia de recolhimento, observando-se os requisitos elencados no artigo 106 da Lei de Execução Penal (LEP) e no artigo 2º do supracitado Provimento, e encaminha-se uma cópia para o local onde o indivíduo está preso e outra para o juízo competente para a execução da pena.

É dever da administração do estabelecimento prisional, ao receber a guia de recolhimento, promover a adequação do regime de cumprimento de pena ao estabelecido na sentença condenatória, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo 3º da Resolução nº 113 do CNJ, sendo a medida sujeita a controle judicial posterior.

Desta forma, em caso de constatação de que a sentença condenatória determinou regime inicial semiaberto, deve a autoridade penitenciária proceder com a remoção do indivíduo para local adequado para tal regime.

É estabelecido no artigo 33, parágrafo 1º, alínea “a”, do Código Penal, que o regime semiaberto será aquele executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Por sua vez, é patente a inexistência de tais locais em quantidade e qualidade suficientes para abrigar toda a população carcerária em regime semiaberto no estado do Rio Grande do Norte.

Destarte, a CGJ, em seu Provimento nº 31, artigo 10, explicita que na ausência de tais estabelecimentos, as penas em regime aberto e semiaberto serão executadas “em cadeia pública ou estabelecimento prisional congênere, com obrigação de recolhimento noturno e

¹¹ CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Provimento nº 031 de 2008. Disponível em: <http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=156&Itemid=123>. Acesso em: 11 ago. 2011.

nos dias de folga, na localidade em que o condenado exerce emprego fixo ou residam familiares”.

A disciplina dos regimes de cumprimento de pena distintos do fechado em nosso estado está, aparentemente, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹² e Superior Tribunal de Justiça¹³, que efetivamente assentaram entendimento no sentido de que a ausência de estabelecimento adequado correspondente ao regime imposto não pode obstar o apenado de concretamente progredir no cumprimento de pena.

Dessa forma, as cortes superiores têm decidido que, nesses casos, não deve o apenado ser mantido no regime mais gravoso, podendo ser determinada a prisão domiciliar ou semelhante de menor gravidade.

Com efeito, ao constatar então que o preso foi condenado a regime semiaberto, a administração do presídio ou cadeia pública de nosso estado deve mantê-lo no estabelecimento, convivendo com os reeducandos em regime fechado, pois este é o local determinado para seu cumprimento de pena. Somente terá direito o preso a se recolher unicamente em período noturno quando da instauração de seu processo de execução da pena e consequente autorização do juiz da execução penal para saídas externas.

É aqui que se chega ao objeto da análise de constitucionalidade, porquanto a necessidade de autorização para saída externa do preso configura possivelmente ameaça ao seu direito de cumprir a pena nos estritos mandamentos da sentença condenatória e, além do mais, não corresponde à disciplina legal da saída externa pela Lei de Execução Penal.

Definido o objeto, qual seja, a constitucionalidade da autorização para saída externa pelo juízo da execução em casos de condenação a regime de cumprimento de pena inicialmente semiaberto, passa-se à análise pormenorizada da referida medida judicial.

3.2 Direito fundamental cuja esfera de proteção é ameaçada pela persistência da necessidade de autorização para saída externa no regime semiaberto em nosso estado

O constituinte originário foi feliz em estabelecer um amplo rol de garantias e direitos fundamentais em nossa Constituição Federal. A falta de técnica do operador do direito,

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 94526-SP. Primeira Turma. Rel. Ministra Cármen Lúcia. j. 24.06.2008. DJe 29.08.2008.

¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 97.940-RS. Quinta Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz. j. 12.08.2008. DJe 08.09.2008.

porém, por vezes gera equívocos no momento da identificação do direito fundamental específico cuja esfera de proteção está sendo ameaçada pela medida estatal.

É essencial que se despenda atenção especial a esse ponto, pois é a partir da identificação do direito fundamental que se pode analisar, dentre outras coisas, as reservas legais impostas pela própria Constituição, a natureza desse direito fundamental e os seus efeitos na ordem jurídica.

Com efeito, o artigo 5º, *caput*, da Carta Magna estabelece direitos fundamentais que possuem abrangente área de proteção, sendo eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os incisos do referido artigo trazem direitos fundamentais cujas áreas de proteção se apresentam mais restritas, seja em decorrência da limitação de seus titulares ou da especificação de reservas legais.

Ao deparar-se com o caso em questão, à primeira análise, aduz-se que o possível direito fundamental cerceado pela medida judicial é o direito à liberdade, exposto no *caput* do artigo 5º da Constituição. É necessário, porém, que se atente para a existência de direitos fundamentais que, apesar de inseridos na esfera do direito à liberdade, são *lex specialis* em relação ao gênero liberdade, caso em que deve-se optar por estes últimos em razão de serem mais específicos. Dessa forma, podem-se citar como direitos fundamentais atinentes ao gênero a liberdade de pensamento (artigo 5º, inciso IV), de culto (artigo 5º, inciso VI), de expressão (artigo 5º, inciso IX), entre outras.

A liberdade é, essencialmente, conceito abstrato que impõe esforço hermenêutico para extrair da palavra a melhor significação jurídica. Enquanto direito fundamental, pode ser classificado como de *status* negativo, posto que representa uma obrigação de não interferência do Estado na esfera do indivíduo. Assim, assevera-se acerca dessa classificação de direitos:

A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado de *deixar de fazer* algo. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*). (MARTINS; DIMOULIS, 2008, p. 65) [grifos do autor]

O caso em tela, ao lidar com a atividade punitiva do Estado e com a aplicação de penas privativas de liberdade, como o próprio nome implica, lida essencialmente com o núcleo do direito à liberdade exposto no *caput* do artigo 5º da Constituição. Os direitos

específicos elencados nos incisos deste artigo possuem áreas de proteção específicas, destinadas a certos casos fáticos que não se coadunam com a situação em análise.

A pena privativa de liberdade compreende medida extrema adotada pelo braço coercitivo do Estado para punir aqueles que ferem bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Apesar de sua função ressocializadora, é a maior forma de intervenção do Estado Democrático-Constitucional no direito à liberdade exposto em nossa Lei Maior.

Assim sendo, pode-se definir o direito fundamental à liberdade, exposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, como o parâmetro de análise da constitucionalidade da autorização para saídas externas no cumprimento do regime de pena semiaberto no estado do Rio Grande do Norte.

3.3 Da intervenção estatal no direito fundamental à liberdade

Na análise da constitucionalidade, é imprescindível atentarmos para a justificativa da intervenção estatal no direito fundamental em questão. Destarte, deve-se vislumbrar a permissão que a Constituição fornece, em casos específicos, para que o direito fundamental à liberdade sofra limitações.

É evidente que, apesar de muito criticada, a pena privativa de liberdade é o centro da política criminal na maioria dos países. Representa, em regra, para Estados que não adotam a pena de morte, o último recurso do *jus puniendi* estatal para intervir em determinada situação.

Como já evidenciado, o Direito Penal surge com a premissa de limitar o poder estatal no exercício de sua força. Nesse sentido, vale ressaltar as lições de Walter Nunes (2008, p. 265-267) quando estabelece uma importante relação entre os direitos fundamentais e o processo penal, dois institutos intimamente relacionados. Desse modo, elenca o autor:

Se o processo penal regula o direito-dever de punir do Estado na perspectiva democrática, ele é um instrumento de tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Nessa visão, embora o processo sirva de instrumento para que o poder público, tendo em mira manter ou restaurar a ordem social, exercite a persecução criminal com autoridade e legitimidade, por outro lado, ele tem como principal missão estabelecer os limites do uso da força estatal na busca da punição do agente infrator. (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 267)

Esse excerto sumariza a ideia de intervenção estatal no direito fundamental à liberdade tal como analisado neste artigo. Na sua função primordialmente pacificadora, não

pode o Estado se eximir de aplicar a pena, esta, porém, deve atender às exigências da ordem constitucional e da prevalência dos direitos fundamentais. Logo, a aplicação da pena privativa de liberdade, no contexto do Estado Democrático-Constitucional, não pode ser de outra forma senão por meio do processo penal.

A Constituição foi clara ao estabelecer essa ideia no artigo 5º, inciso LIV, estatuiu o devido processo legal como pressuposto da intervenção no direito à liberdade. Assim, não restam dúvidas de que para se mostrar autorizada a intervenção do Estado no direito fundamental à liberdade, é necessário que, além de que essa ação esteja revestida da proteção garantida pela Constituição, que tenha sido respeitado o devido processo legal, com todos os seus princípios correlatos: ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, etc.

Na situação em tela, parte-se do pressuposto de que a sentença condenatória transitada em julgado que prevê pena privativa de liberdade em regime de cumprimento de pena inicialmente semiaberto preenche todos os requisitos referentes ao devido processo legal, já que possui o Estado legitimidade para intervir no direito fundamental à liberdade do apenado, impondo-lhe pena capaz de cumprir com os desígnios da Carta Magna.

Porém, como toda intervenção à esfera de proteção dos direitos fundamentais, é preciso que a medida alvo de análise seja proporcional. Assim, aduz-se a ideia exposta por Leonardo Martins (2003, p. 15-24) ao defender que o direito pode ser alvo de intervenção, mas é necessário que esta atenda ao critério da proporcionalidade¹⁴ a fim de prosperar no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, *in verbis*:

A dogmática geral dos direitos fundamentais corresponde no geral a um processo trifásico: 1º) análise do objeto tutelado pelo direito fundamental; 2º) análise da intervenção estatal e 3º) análise da possibilidade de justificação desta em face da aplicação de um limite constitucional. O controle da aplicação do limite constitucional é feito pela análise da proporcionalidade. Daí se classificar o critério da proporcionalidade como sendo um “limite do limite” (*Schrankenschränke*) constitucional. (MARTINS, 2003, p. 24)

3.4 Análise do critério da proporcionalidade na intervenção estatal

¹⁴ Não será tratado aqui da discussão doutrinária sobre a caracterização da proporcionalidade como princípio norteador ou como critério de aferição de constitucionalidade. Parte-se da premissa, portanto, que como critério a proporcionalidade possui maior dogmática jurídica e sistematicidade para análise do caso concreto.

Perpassados os obstáculos até agora presentes, pode-se inferir que a proibição de saída externa para presos condenados a regime de pena inicialmente semiaberto, nos moldes dados a esse regime pelo Provimento nº 31 da CGJ, representa uma intervenção estatal ao direito fundamental à liberdade. Como tal, possui respaldo constitucional, partindo-se do pressuposto de que a sentença condenatória transitada em julgado para penas a tal regime tenha respeitado o devido processo legal. Então, como medida interventiva, *prima facie* constitucionalmente aceitável, é imprescindível que se avalie a proporcionalidade da mesma, evidenciando se seus termos condizem com o sistema constitucional.

Notadamente, qualquer limitação imposta ao exercício dos direitos fundamentais, ainda que permitida pela Constituição – uma vez que não são direitos absolutos –, é passível de análise de sua proporcionalidade. No âmbito de análise deste critério, impõe-se que o propósito da intervenção seja lícito, ou seja, o objetivo que ela almeja deve ser aquele depreendido da Constituição. Além disso, o meio utilizado para operar a intervenção deve ser lícito e se mostrar adequado e necessário para o alcance do propósito gerador da limitação.

O primeiro ponto a ser tratado se refere ao objetivo ou propósito perseguido pelo magistrado ao determinar que o apenado não possua autorização a saídas externas. Efetivamente, a autorização cumpre papel importante no processo de inserção do apenado no meio social. Enquanto progressivo, o sistema de cumprimento de pena impõe uma gradual reinserção do preso na sociedade. A saída externa em regime semiaberto representa o primeiro grande passo no contato do apenado com a sociedade, posto que neste sistema o preso possui a chance de frequentar cursos profissionalizantes fora do complexo prisional, ou até mesmo trabalhar em local externo.

Durante todo o processo de execução, como já evidenciado, o propósito constitucionalmente imposto para pena é a prevenção especial: a ressocialização do apenado. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal estabelece em seu artigo 122 as hipóteses em que o magistrado está autorizado a conceder a saída externa ao apenado.

Desta forma, a não autorização a essas saídas deve ser motivada, inicialmente, pela não comprovação por parte do apenado de que efetivamente utilizará desse direito para cumprir com seus propósitos, quais sejam, visitar a família, frequentar cursos ou participar de atividades que colaborem para o retorno ao convívio social.

Sob outro ponto de vista, porém, pode também o magistrado, com base no artigo 123 da Lei de Execução Penal, negar a saída embasado no comportamento inadequado do preso, ou ainda, na hipótese de verificar que esse direito não se adequa aos objetivos da pena naquele caso concreto.

Logo, a não autorização possui propósito lícito em nosso sistema constitucional, vez que se baseia na tentativa do Judiciário de garantir que os objetivos essenciais de ressocialização sejam atingidos por meio da pena. É a tentativa de garantir que o sujeito que esteja gozando da saída externa possua os mínimos requisitos de convívio social e, ao mesmo tempo, possam-se evidenciar indícios de que o mesmo não voltará a delinquir.

Sendo o propósito perseguido pela medida abarcado pela nossa Constituição, cumpre-se detalhar as questões pertinentes ao meio escolhido pelo Judiciário para efetivar o propósito.

No estado do Rio Grande do Norte, tendo-se em vista a situação caótica e desumana de nosso sistema penitenciário, fica evidente que, ao ser recepcionado no regime fechado, grande parte dos presos não possui a mínima perspectiva de reinserção social. São, em geral, pessoas de baixa renda, que não possuem emprego ou qualquer qualificação profissional e não veem outra alternativa além ser manter-se no mundo do crime.

O Provimento nº 31 da CGJ, no que concerne à disciplina do regime semiaberto no estado, possui justamente o intuito de efetivar que o preso possua um sistema progressivo de cumprimento de pena, uma vez que não existe estabelecimento adequado ao regime semiaberto para a maioria dos presos do estado.

Então, partindo-se dessa premissa, o juízo de conhecimento, ao prolatar sentença condenatória, deve atentar às condições do sistema carcerário, inclusive para a disciplina do regime semiaberto *sui generis*. Da mesma forma, o juízo de execução penal, ao atentar para o cumprimento da pena, não pode olvidar de considerar a situação carcerária do estado.

Ao ser condenado ao regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, o Judiciário, através do processo penal, evidencia que aquele sujeito deve ser infligido em sua liberdade de maneira menos gravosa do que alguém condenado a regime fechado. Essa menor gravidade atenta para a função de ressocialização da pena e, portanto, corresponde ao direito do apenado de possuir sua liberdade transgredida nos estritos limites estabelecidos na sentença condenatória.

Sendo iniciada a execução penal, há que se distinguir, portanto, aqueles que cumprem pena em cada um dos regimes estatuídos em nosso Código Penal – fechado, semiaberto e aberto –, pois cada um deles corresponde a uma fase diferente do processo de ressocialização. O que acontece, porém, com o apenado condenado a regime inicial semiaberto que porventura venha a ter seu direito à saída externa rejeitado pelo magistrado das execuções penais? Evidentemente, ele estará cumprindo pena nos mesmos termos daqueles que o fazem em regime fechado.

É este o ponto principal que se deve analisar no presente trabalho. Apesar do propósito da negativa de saída externa ser efetivamente adequado ao nosso sistema constitucional, a sua implementação no estado do Rio Grande do Norte, e em boa parte do Brasil, não corresponde a uma medida adequada a se alcançar o propósito da pena, tal qual depreendido da hermenêutica constitucional e dos fundamentos do Estado Democrático-Constitucional.

Esse fato decorre, evidentemente, do colapso de nosso sistema carcerário. Como uma fileira de dominós, os institutos do Direito Penal caem um a um frente à realidade esmagadoramente cruel e desumana de nossos presídios. No caso em tela, pela inexistência de estabelecimento adequado ao regime semiaberto, vê-se que, além de se frustrar o objetivo essencial da pena, tem-se que adequar toda a sistemática processual da execução penal para que se garanta o mínimo de dignidade aos cumpridores de pena, sob óbice de inconstitucionalidade das medidas.

Nesse afã, é necessário perceber que, tendo o juiz de conhecimento condenado o sujeito ao regime inicial de cumprimento semiaberto, entende-se que o *jus puniendi* estatal não deve ser superior àquele prelecionado para o tratamento neste regime. É nesse sentido que dispõe o Provimento nº 31 da CGJ, ao estabelecer que a obrigação seja somente de “recolhimento noturno e nos dias de folga, na localidade em que o condenado exerce emprego fixo ou residam familiares”.

A falta de autorização para saídas externas é, portanto, sucedâneo de efetiva regressão de regime prisional, uma vez que o preso ficará em cadeia pública ou estabelecimento prisional congênere convivendo normalmente com condenados a regime fechado, sem nenhuma distinção dos regimes de cumprimento de pena.

Como os requisitos para a concessão de saída externa são dificilmente alcançados pelos apenados, sua negativa é quase que certa se baseando nas exigências da Lei de Execução Penal.

Em decorrência desse fato, não se pode considerar a negativa a saída externa a presos que cumpram regime de pena inicialmente semiaberto, ou mesmo que tenham progredido de regime prisional, em nosso estado, pois essa medida judicial representa clara afronta ao direito fundamental à liberdade do preso, mais especificamente, é ato que carece de adequação para se alcançar o propósito constitucional da pena, tal qual desenvolvido no início deste artigo.

Há que se verificar, portanto, que em âmbito local a autorização para saídas externas é *conditio sine qua non* do regime de cumprimento de pena semiaberto. Sua denegação é clara violação aos preceitos constitucionais, vez que subverte o sistema progressivo de pena, afeta

profundamente a liberdade do preso e, ainda por cima, anula qualquer caráter ressocializador que a pena possa possuir. É, dessa forma, medida que sofre de inconstitucionalidade por violação ao critério da proporcionalidade na intervenção realizada no direito fundamental à liberdade, estatuído no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Indaga-se, portanto, qual seria a intervenção adequada constitucionalmente quando o juiz depara-se com casos de apenados condenados inicialmente a regime semiaberto, mas que não possuem as mínimas condições de convívio social adequado, sendo criminosos reincidentes e tendo cometido o crime com violência.

Evidentemente, a solução jurídica não se encontra na execução penal, nos moldes de nossa sistemática de regimes de cumprimento de pena. A única via eficaz para se garantir que esse indivíduo cumpra sua pena inicialmente em cárcere sem o convívio externo é o recurso de apelação por parte do Ministério Público para reforma da sentença do juízo de conhecimento, pleiteando a reconsideração do regime inicial de cumprimento de pena para o fechado. Porém chega-se a outro dilema.

O cumprimento da pena em regime inicial fechado, em nosso estado, é certeza de não alcance do objetivo primordial da pena, a ressocialização. De mesma forma, a manutenção do apenado em regime semiaberto, nos moldes estabelecidos pela CGJ, não é a medida mais eficaz para se perseguir o fim da pena.

O impasse se estabelece, pois a única medida realmente eficaz e adequada à solução do problema deve partir do Poder Executivo e não da esfera judicial. É nesse ponto que se constata a falência do sistema penitenciário brasileiro e sua completa dissonância com os preceitos e objetivos estabelecidos na Constituição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise pontual da situação de inconstitucionalidade da denegação de autorização para saídas externas a condenados a regime inicial de pena semiaberto revela um cenário de irregularidades ainda mais abrangente.

A necessidade de integração entre os Poderes Executivo e Judiciário na fase de execução da pena é essencial para que se ponham em prática os preceitos constitucionais. O que se constata, porém, é que o descaso para com a condição do sistema penitenciário por parte da Administração Pública gera enormes entraves à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sendo a ressocialização a principal função da pena, tal qual estabelecida em nossa Carta Magna, a sua não implementação no sistema carcerário brasileiro gera um impasse jurídico de difícil superação. Se mantido preso, o apenado não possuirá a mínima expectativa de melhora e retorno adequado ao convívio social, mas se mantido solto também não é garantia de ressocialização.

No que pese a atuação do Poder Judiciário, é de se ressaltar que a opção pela soltura do apenado é sempre a menos onerosa para os direitos fundamentais, atentando-se para as especificidades do caso concreto.

Como salientava Alessandro Baratta (1976, p. 45), não há como conceber o sistema ressocializador da pena sem uma efetiva política criminal que incentive a ascensão social das classes mais pobres e as tire da condição de marginalização, efetiva causa de adesão à vida do crime no Brasil. Enquanto o Executivo não implementa esses ditames de nossa Constituição, não deve o Judiciário se contaminar pela falência do sistema carcerário, simplesmente chancelando os atos da Administração Pública.

Seu dever é garantir que o *jus puniendi* estatal não se aproveite do caos penitenciário para transgredir o prelecionado na Carta Magna, pois efetivamente não pode o condenado ser prejudicado pelo fato de o Estado não possuir estrutura adequada para fazer valer o objetivo da pena de ressocialização, sob óbice de retorno aos regimes medievais de execução penal.

Evidentemente, constata-se que a medida mais adequada e necessária constitucionalmente para a efetivação do propósito ressocializador da pena é a atuação eficaz do Poder Executivo para reestruturação profunda do sistema penitenciário. Somente assim será possível a garantia completa dos direitos fundamentais dos apenados. Enquanto essa medida não é efetivada, no caso concreto deve-se optar pela intervenção menos onerosa aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Na situação em análise, portanto, é de se impor a inconstitucionalidade de denegação do direito de saída externa para presos condenados a regime inicial de pena semiaberto no estado do Rio Grande do Norte, por representar medida totalmente inadequada ao alcance dos propósitos constitucionais da pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Sistema penale e marginazione sociale** – per la critica dell’ideologia Del trattamento. In: *LA QUESTIONE criminale*. S.l.: s.e., 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. 1 ed. São Paulo: Publifolha, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 . tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Caderno de Direitos**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/anexo/adm/28072010115133.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

RIBEIRO, Rosangela de Oliveira. ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. **Condições de vida nos presídios brasileiros**. v. 6, n. 6, 2010, online. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2318/1813>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. 1 ed. Madrid: Thomson e Civitas, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. 1 ed. .Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THE COLLAPSE OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: THE EXTERNAL DEPARTURES CONSTITUTIONALITY FOR PRISONERS CONDEMNED TO SEMI-OPEN CONDITIONS IN RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT

This article aims to analyze the constitutionality of judicial decisions that deny authorization of external departures to prisoners sentenced to the initial regime of imprisonment semi-open at the state of Rio Grande do Norte. Initially, some considerations are made about national and local prison systems, reaching a vision for the penalty function that corroborates with the precepts of a Constitutional-Democratic State, as stated in our Constitution. After, it's analyzed the constitutionality of the measure itself, reaching the inevitable conclusion of the collapse of our prison system and the role of Executive Power in this chaotic scene.

Keywords: External departures. Prison system. Constitutionality.