

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
ALEXANDRE CALIXTO DA SILVA

**SISTEMAS E REGIMES PENITENCIÁRIOS
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA SÍNTESE HISTÓRICO/JURÍDICA**

MARINGÁ
2009

ALEXANDRE CALIXTO DA SILVA

**SISTEMAS E REGIMES PENITENCIÁRIOS
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA SÍNTESE HISTÓRICO/JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na Área de Direito Penal sob a orientação da Prof. Dr. Luiz Regis Prado.

MARINGÁ
2009

**Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade Estadual de Maringá /
Biblioteca Central. Divisão de Processamento Técnico.**

Silva, Alexandre Calixto da.
Sistemas e Regimes Penitenciários no Direito Penal Brasileiro:
Uma Síntese Histórico/Jurídica. / Alexandre Calixto da Silva. – Maringá:
UEM, 2009.
112f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Regis Prado
Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Maringá. Programa
de Pós-Graduação em Direito. Maringá, 2009.

1. Direito Penal – História do Direito Penal. 2. Sistemas penitenciários.
3. Regimes penitenciários. 4. Sistema carcerário. 5. Penas de Reclusão
e Detenção. I. Silva, Alexandre Calixto da. II. Universidade Estadual de
Maringá. III. Título.

ALEXANDRE CALIXTO DA SILVA

**SISTEMAS E REGIMES PENITENCIÁRIOS
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA SÍNTESE HISTÓRICO/JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na Área de Direito Penal sob a orientação da Prof. Dr. Luiz Regis Prado.

BANCA EXAMINADORA:

Membro: _____
Prof. Dr. Luiz Regis Prado (orientador)
Universidade Estadual de Maringá

Membro: _____
Prof^a. Dr^a. Sônia Letícia de Mello Cardoso
Universidade Estadual de Maringá

Membro: _____
Prof^a. Dr^a. Tânia Maria Nava Marchewka
Centro Universitário de Brasília

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela concepção da vida e pela oportunidade;

A todos os meus familiares, sem qualquer distinção, diante da profundidade de meus sinceros sentimentos de amor, respeito, gratidão e felicidade por existir em suas vidas, e mais, pelos exemplos de amor, carinho e força que foram determinantes para que eu pudesse alcançar os objetivos desejados;

Ao Professor Doutor Luiz Regis Prado, pela grandeza de seu caráter, muito além de um orientador sério e competente no desenvolvimento desta pesquisa, foi e é a referência para meus estudos. Mostrou-se um grande companheiro, sempre pronto a esclarecer dúvidas e compartilhar seu vasto conhecimento sobre a matéria;

A todos os meus amigos, colegas e professores do mestrado, pela convivência fraterna, e com os quais, de alguma forma, pude dividir minhas ansiedades e preocupações durante esta caminhada;

Enfim, a todas as pessoas que me apoiaram ao longo desta caminhada para que este sonho se tornasse realidade.

SILVA, Alexandre Calixto da. Sistemas e Regimes Penitenciários no Direito Penal Brasileiro: Uma Síntese Histórico/Jurídica. 2009. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.

RESUMO

Desde o início da existência das prisões, elas destinavam-se unicamente a custódia dos delinqüentes enquanto aguardavam a execução da pena. Na medida em que a sociedade foi evoluindo, evolui também a forma de punição dos criminosos, passando a ser adotada as penas privativas de liberdade, surgindo, então, maior preocupação com locais mais adequados para essa nova finalidade. Dessa forma, trata-se o presente estudo de uma análise histórico/jurídica dos sistemas e regimes penitenciários, com especial destaque do que existe no ordenamento jurídico brasileiro sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade, no regime aberto, semi-aberto e fechado, passando pela evolução histórica da pena, conceito, fins, características, classificação das penas, sistemas penitenciários, penas privativas de liberdade e os regimes de seu cumprimento, progressão e regressão de regimes, deveres e especialmente direitos do preso garantidos na Lei de Execução Penal (LEP) durante a execução da pena privativa de liberdade. Buscou-se diante de uma pesquisa lógica dedutiva utilizando os mais conceituados autores nacionais e estrangeiros e do modelo lógico indutivo com a observação do tratamento jurídico do cumprimento das penas por meio dos Tribunais pátrios, elucidar-se os diversos aspectos que cercam o assunto, de forma a contribuir para o estudo da criminologia, especialmente diante dos fins de prevenção e retribuição das penas. Para tanto o estudo encontra-se dividido em três partes a se saber: a primeira aponta para a evolução da pena privativa de liberdade destacando-se aspectos históricos e conceituais; em seguida surgem os sistemas penitenciários com ênfase no sistema de Filadélfia, de Auburn, no Sistema Progressivo e Reformatório; por fim surge a análise dos regimes penitenciários, partindo-se do mais rígido ao mais brando com enfoque ao exame criminológico e aos direitos e deveres dos apenados diante do que prescreve, especialmente, a Lei de Execuções Penais.

Palavras-chave: Lei de execuções penais; Sistema penitenciário; Regime penitenciário; Pena privativa de liberdade.

SILVA, Alexandre Calixto da. Sistemas e Regimes Penitenciários no Direito Penal Brasileiro: Uma Síntese Histórico/Jurídica. 2009. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.

ABSTRACT

Since the beginning of the existence of the arrests, then they destined solely the safekeeping of the delinquents while they waited the execution of the penalty. In the measure where the society was evolving, the form of punishment of the criminals also evolves, passing to be adopted the privative penalties of freedom, appearing, then, greater concern with adjusted places more for this new purpose. About this form, one is the present study of legal a historical analysis/of the penitentiary systems and regimes, with special prominence of what it exists in the Brazilian legal system on the fulfillment of the privative penalty of freedom, in the opened regimen, half-open and closed, passing for the historical evolution of the penalty, concept, ends, characteristics, penitentiary, privative penalties of freedom and regimes of its fulfillment, progression and regression of regimes, guaranteed duties and especially right classification of the penalties, systems of the prisoner in the Law of Criminal Executions (LEP) during the execution of the privative penalty of freedom. One searched of a deductive logical research using ahead the most appraised national and foreign authors and it inductive logical model with the comment it legal treatment it fulfillment them penalty by means of the native Courts, to elucidate the diverse aspects that surround the subject, of form to contribute for the study of the criminology, especially ahead of the ends of prevention and repayment of the penalties. For in such a way the study one meets divided in three parts if to know: the first one points with respect to the evolution of the privative penalty of freedom being distinguished historical and conceptual aspects; after that the penitentiary systems with emphasis in the system appear of Philadelphia, of Auburn, in the Gradual System and Reformatory; finally the analysis appears of regimes penitentiary, breaking itself of most rigid to more with approach to the criminological examination and the rights and duties of the imposed a fine on ones ahead of what it prescribes, especially, the Law of Criminal Executions.

Key-words: Law of criminal executions; Penitentiary system; Penitentiary regimen; Privative penalty of freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	9
1.1 CONCEITO E FINALIDADE DAS PENAS	9
1.2 DISTINÇÃO NA DETENÇÃO E NA RECLUSÃO	15
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	19
1.3.1 O Surgimento das Penas	19
1.3.2 A Vingança Privada	24
1.3.3 A Vingança Divina.....	27
1.3.4 Vingança Pública	31
1.4 APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL.....	33
1.4.1 Brasil Colonial	33
1.4.2 Período Imperial.....	34
1.4.3 Brasil República	36
2 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	40
2.1 SURGIMENTO.....	40
2.2 SISTEMA DE FILADÉLFIA OU BELGA	41
2.3 SISTEMA DE AUBURN	43
2.4 SISTEMA PROGRESSIVO	45
2.4.1 Sistema Inglês ou Mark System.....	45
2.4.2 Sistema Irlandês	46
2.4.3 Sistema de Montesinos.....	47
2.4.4 Crítica ao Sistema Progressivo.....	49
2.4.5 O Sistema Progressivo no Brasil	50
2.5 SISTEMA REFORMATÓRIO	52
2.6 A EVOLUÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS NO MUNDO.....	53
2.7 AS PENITENCIÁRIAS NO BRASIL	57
3 REGIMES PENITENCIÁRIOS, DIREITOS E DEVERES DOS APENADOS	61
3.1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	61
3.1.1 Regime Fechado.....	61
3.1.2 Regime Semi-Aberto.....	62
3.1.3 Regime Aberto	63
3.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado.....	65
3.1.5 Regime Especial	68
3.1.4 Regime Inicial	69
3.1.5 Progressão e Regressão de Regime	71
3.2 EXAME CRIMINOLÓGICO	74
3.3 DEVERES DOS APENADOS – LEI DE EXECUÇÕES PENAS.....	75
3.4 DIREITOS DOS APENADOS – LEI DE EXECUÇÕES PENAS.....	82
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

O estudo proposto nesta dissertação traz à luz a análise acerca dos sistemas penitenciários e dos regimes de cumprimento de penas, especialmente, da pena privativa de liberdade, quer seja ela detenção, quer seja, pela reclusão. Diante disso necessário se faz esclarecer que os sistemas penitenciários não se confundem com os regimes penitenciários, posto que, enquanto aqueles representam corpos de doutrinas que se realizam por meio de formas políticas e sociais constitutivas das prisões, estes são as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares.

Assim os regimes de penas são determinados pelo mérito do condenado e, em sua fase inicial, pela quantidade de pena imposta e pela reincidência. São três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade: regime fechado, com a execução em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto, com a execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto, com a execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado, artigo 33, § 1º do Código Penal.

Quanto aos sistemas penitenciários, vários deles existem na história, entretanto, os que mais se sobressaem o sistema de Filadélfia, em que se utilizava o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da Bíblia; o sistema auburniano, aplicado na penitenciária da cidade de Auburn, no Estado de New York, que mantinha o isolamento noturno, mas criou-se o trabalho dos presos, primeiro em suas celas e, posteriormente, em comum, porém, havendo a exigência de absoluto silêncio entre os condenados, mesmo quando em grupos, o que fez surgir o costume dos presos se comunicarem com as mãos, prática que se observa até hoje nas prisões.

E ainda, o sistema progressivo que surgiu na Inglaterra, no século XIX, levando-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho, estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena, o primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto, o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios e o último permitia o livramento condicional. Ainda hoje, o sistema progressivo, com certas modificações, é adotado nos países civilizados, inclusive no Brasil.

Diante destas constatações buscou-se, inicialmente, apresentar-se no presente estudo um breve relato sobre a evolução da pena privativa de liberdade, com destaque para a distinção entre reclusão e detenção, a evolução histórica da pena e sua aplicação no Brasil nos diversos períodos da história, ou seja, no período colonial, imperial e republicano.

Num segundo momento foram abordados os aspectos relacionados aos sistemas penitenciários, notadamente com o estudo do sistema de Filadélfia, o sistema Auburn, o sistema progressivo e o sistema reformatório, finalizando-se este capítulo com uma abordagem acerca da evolução das penitenciárias no Brasil e no mundo.

Por fim estende-se o último capítulo dedicado ao estudo dos regimes penitenciários destacando-se o regime fechado, o semi-aberto e o aberto, além de apontar o regime inicial e a possibilidade de progressão ou regressão de regimes. Estuda-se ainda, o exame criminológico e os direitos e deveres dos apenados no cumprimento de suas penas, para então apresentar as considerações finais acerca do estudo.

1 DA EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1.1 CONCEITO E FINALIDADE DAS PENAS

Semanticamente o valor do vocábulo pena denota uma punição imposta a alguém como sanção a uma conduta maléfica. Segundo dicionários da língua portuguesa, “pena” é “aquilo que se faz sofrer a alguém por um delito cometido; punição, sofrimento, desgraça”.¹

Segundo esse conceito, a pena trás consigo uma acepção de retribuição a um delito, “é a sanção afliativa imposta pelo Estado², mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico³, e cujo fim é de evitar novos delitos”. Não obstante deste conceito, tem-se na pena não somente como punição, mas algo trivial na sociedade moderna na reparação do injusto praticado.⁴

Observa-se que a função e a razão de ser da pena encontram-se umbilicalmente vinculadas à função e à razão de ser do Direito Penal, como instrumento excepcional e subsidiário de controle social, visando

¹ BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 32. ed. compacta. São Paulo: Lisa, 2006, p. 743.

² Salienta Edgardo Alberto Donna que: “El fundamento obligatorio de las sanciones se confunde con el deber ser, ya que ellas surgen de la voluntad del legislador, que se expresa em uma ley concreta. De manera que se puede decir que El fundamento Del deber ser ES La ley dictada conforme a La Constitución. Com esto, La referencia al Estado de derecho ES más que obvia”. (DONNA, Edgard Alberto. *Teoría Del Delito y de La Pena*. Fundamentación de lãs sanciones penales y de La culpabilidad. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. p. 2).

³ Bem jurídico, de forma simples, pode ser denominado como sendo as coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, ou seja, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”; e de maneira mais complexa, seria apresentado de acordo com o substrato, de diferentes formas, por exemplo: objeto psicofísico ou objeto espiritual ideal; ou uma relação jurídica; ou um comportamento de terceiro. De um ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas do direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extra-penais (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16). Ainda sobre bem jurídico penal é imprescindível consulta à obra do professor Luiz Regis Prado (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

⁴ Nesse sentido: NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do Direito Penal. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 5, ano 3, p. 284-303, jul./dez. 2006.

proteger bens considerados essenciais à vida harmônica em sociedade.⁵

É a mesma sociedade que pressupõe igualdade de direitos e respeito ao próximo em sua mais ampla acepção, fomentando-se o desenvolvimento de cada um dos seres humanos que a integram em sua plenitude. Sendo mais específico quanto ao conceito de pena, há que se vislumbrar o entendimento de que: “A pena é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.⁶

Segundo Delmanto:

A pena, enquanto instituto vinculado ao Direito Penal e ao Direito de Execução Penal, visa, assim, o futuro. Explica-se: não obstante a punição tenha que se fundamentar na existência de um fato criminoso que comprovadamente provou-se ter ocorrido no passado, mediante o devido processo penal, a pena imposta ao infrator da lei penal, e, sobretudo, a sua execução, tem na ressocialização e na integração social do condenado a sua razão de ser.⁷

A pena é o principal meio que dispõe o Estado como reação frente aos delitos e as penas. Assim define Esteban Righi:

El principal médio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena, la que concreta una restricción de derechos al responsable, em virtude de uma decisión impuesta em forma coactiva por los órganos competentes de control social.⁸

O referido autor sustenta que:

[...] pero como se aprecia que para satisfacer algunas exigências de política criminal la pena no es el instrumento adecuado, el orden jurídico prevé además las llamadas medidas de seguridad, com las

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p. 488. Neste sentido ver outras obras desse autor, como: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. Doutrina - Jurisprudência Seleccionada - Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal*. parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 488.

⁷ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo. Renovar, 2007, p. 123.

⁸ RIGHI, Esteban. *Teoría de La Pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 17.

que se procura eliminar o paliar situaciones a cuyo respecto no es posible o em todo caso no se considera plausible usar penas. Como consecuencia de ello, tradicionalmente el denominado sistema de reacciones penales se integra com eses dos instrumentos, adoptándose um modelo “dualista” conformado por penas y medidas de seguridad, entre las que se há considerado que existen diferencias esenciales [...] por outra parte, desde hace algún tiempo se admite la necesidad de revalorizar el rol de la víctima, dando lugar a experiencias de derecho comparado que incorporan la reparación del daño al sistema de reacciones, lo que supone la adopción de una tercera via al âmbito de consecuencias jurídicas del delito.⁹

Ainda note-se que o Direito penal constitui um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais. A família, a escola, a profissão, os grupos sociais são também meios de controle social, mas possuem um caráter informal que os distingue de um meio de controle jurídico altamente formalizado.¹⁰

É sabido que a pena privativa de liberdade é recente, e não antiga, como pode parecer. No passado a prisão era apenas um local para a manutenção da custódia dos delinquentes, que esperavam naquele local para que fosse executada sua pena (geralmente, de morte). Os locais, então, possuíam características que lhe dessem condições de servirem à finalidade única do recolhimento. Era, portanto, uma maneira de se evitarem as fugas. Algo semelhante com a prisão preventiva ou a prisão cautelar da legislação atual.

Ulpiano dizia que “o cárcere serve para conter os homens, não para os castigar. Daí, *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*”¹¹ Entretanto, as prisões da época não possuíam qualquer respeito com a pessoa do criminoso, sendo cumpridas em masmorras e poços situadas na parte mais recôndita dos castelos.¹²

Cuello Calón informa que Luiptrando, Rei dos Longobardos

⁹ RIGHI, Esteban, op. cit., p. 17-18.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33. Sobre o tema ver: BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 1, ano 1, p. 113-131, jul./dez. 2004.

¹¹ MARIANO, Ruiz Funes. *A Crise das Prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 63.

¹² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 32.

(713-744) teria baixado um édito determinando que cada juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Da mesma forma, Carlos Magno (813) teria determinado que pessoas *boni generi* que tivessem cometido crimes fossem recolhidas à prisão até que se corrigissem.¹³ No entanto, depreende-se da história que quem deu origem à pena privativa de liberdade foi a Igreja, com seu hábito de punir os fiéis com a pena da “penitência” (daí penitenciária), realizada nas celas. Ali privado da liberdade e isolado de qualquer contato humano, sofrendo e meditando, a alma do homem se depura, se regenera e se penitencia.

No mesmo período, começa-se a raciocinar que estava sendo desperdiçada força de trabalho a medida que eram aplicadas penas corporais. Em razão disto começou a ser efetuada a prisão compulsória de vagabundos e mendigos, para que abandonassem o ócio e comesçassem a produzir. Dessa forma, dois fatores fizeram com que surgisse a pena privativa de liberdade: a prisão para penitenciar; e, o desperdício de mão-de-obra. E com isto, começaram a surgir as prisões e os sistemas penitenciários que é o objeto deste estudo.

Note-se a existência de diversas teorias acerca dos fins das penas, diante do que descreve Luiz Regis Prado que as:

Conseqüências jurídicas do delito são reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível. O moderno Direito Penal acolhe, como conseqüências jurídico-penais do delito, as penas e as medidas de segurança; como conseqüências extrapenais – alheias, portanto, à culpabilidade ou à periculosidade do agente –, tem-se os efeitos da condenação, a responsabilidade civil (material ou moral) derivada da prática delitiva e a reparação do dano pelo agente.¹⁴

Assim a pena pode ser uma retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito,

¹³ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba: Littero-Técnica, 1980, p. 5-6.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 428.

seja como expiação do agente.¹⁵

Nesse sentido existem as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias unitárias ou ecléticas. Diante das concepções absolutas diz-se que a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência.

Esclarece Luiz Regis Prado que:

Para os partidários das teorias absolutas da pena, qualquer tentativa de justificá-la por seus fins preventivos (razões utilitárias) – como propunham, por exemplo, os penalistas da Ilustração – implica afronta à dignidade humana do delinqüente, já que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais. Isso significa que a pena se justifica em termos jurídicos exclusivamente pela retribuição, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins (*pena absoluta ab effectu*). A idéia de retribuição em seu sentido clássico, como, aliás, é mais conhecida, além de indemonstrável, tem base ética e metafísica, despida de racionalidade.¹⁶

Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça retributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

As teorias relativas encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.¹⁷

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 428.

¹⁶ *Ibidem*, p. 430.

¹⁷ *Ibidem*, p. 430.

Diante das explicações do professor Luiz Regis Prado pode-se ver que:

A *prevenção geral*, tradicionalmente identificada como *intimidação* – temor infundido aos possíveis delinqüentes, capaz de afastá-los da prática delitiva –, é modernamente vislumbrada como *exemplaridade* (conformidade espontânea à lei) – função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar as leis penais. De outro modo, a concepção *preventiva geral* da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço.¹⁸

Por fim, as teorias unitárias ou ecléticas, as quais buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena, mais ou menos acentuada, com os fins de prevenção geral e de prevenção especial. O que se observa é que a idéia de retribuição jurídica, reafirmação da ordem jurídica, num sentido moderno e secular da palavra, não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena *justa* que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa maneira, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal).¹⁹

Destaca o autor citado acima que:

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração. A pena – espécie do gênero sanção penal – encontra sua justificação no delito praticado e

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 431.

¹⁹ *Ibidem*, p. 436.

na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja *justa*, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de *necessária* à manutenção da ordem social. Não se pode admitir a imposição de um *único paradigma* para a matéria; muito ao contrário, exige-se uma espécie de solução de compromisso teórico.²⁰

1.2 DISTINÇÃO NA DETENÇÃO E NA RECLUSÃO

Historicamente diz-se, que apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais e as mutilações, não tem a pena de prisão correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação do delinqüente, sendo de difícil realização a ressocialização do condenado em um ambiente com tantas deficiências, como, a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.

Existe uma tendência em abolir-se a diversidade de espécies de penas privativas de liberdade, baseada na idéia de individualização da pena, conforme o artigo 5º, XLVIII, da Carta Magna, que diz que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Mas ainda manteve-se na reforma penal a distinção, agora quase puramente formal, das penas de reclusão e detenção²¹, espécies de penas privativas de liberdade previstas no Código Penal. Enquanto a lei anterior estabelecia uma diferença na execução, consistente no facultativo

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 436-437.

²¹ Art. 33 do CP. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 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. § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

isolamento absoluto por um período não superior a três meses exclusivamente para a reclusão, a distinção cinge-se agora ao disposto no artigo 33 do Código Penal, em que se possibilita o cumprimento da pena de reclusão nos três regimes, fechado, semi-aberto ou aberto e a de detenção apenas nos dois menos severos. Permite-se, porém, no caso de regressão, que o condenado a pena de detenção venha a cumpri-la em regime fechado, artigo 33 do Código Penal e artigo 118 da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210, de 1984.²²

As mulheres estão sujeitas a um regime especial, cumprindo pena em estabelecimento próprio, tendo assegurado constitucionalmente o direito de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, artigo 5º, L. Além da mulher, o maior de 60 anos também deve ser recolhido a estabelecimento próprio e adequado a sua condição pessoal.

Continua-se a adotar na legislação o sistema progressivo, estabelecendo-se que essa progressividade deve ter em conta o mérito do condenado, artigo 33, § 2º do Código Penal. Em se tratando de regime fechado, o condenado será obrigatoriamente submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução, artigo 34 do Código Penal e artigo 8º da Lei de Execuções Penais. O referido exame poderá ser efetuado, facultativamente, no condenado submetido a regime semi-aberto, artigo 35, *caput*, do Código Penal e artigo 8º, parágrafo único da Lei de Execuções Penais.²³

Como visto, a pena pressupõe castigo, punição. Não obstante seu comportamento, conseguiu-se ao longo dos séculos inventar várias formas de aplicar a punição ou pena. Quando se está estudando uma norma jurídica nota-se que na sua maioria tem uma punição para quem violar aquela regra, punição esta de caráter civil ou penal, mas que continua sendo uma pena. Desde que se conhece o homem vivendo em sociedade tem-se notícia

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009, p. 252-253.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral – Parte especial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 371 e ss.

das penas e dos castigos que são a exteriorização da vontade de infringir ao condenado o recado dado pela pena, ou seja, não cometa ilícitos. Não dá para imaginar uma pena ou para deixar mais claro, uma culpa pelo ato errado, sem um castigo, senão observar-se-ia a completa inutilidade do conceito de pena, pois assim, não teria valia nenhuma o Direito Penal no que concerne a guarda dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não havendo punição, não há que temer a norma jurídica e nem ao Estado que assim torna-se inerte.

Dado todo o exposto, a diferença entre a pena restritiva de liberdade em reclusão e detenção diz respeito ao cumprimento da pena, que na reclusão deve ser em regime fechado, semi-aberto ou aberto, na de detenção, admite-se somente em regime semi-aberto ou aberto (art. 33, *caput*, CP). Ainda assim, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para o regime fechado, demonstrada a necessidade da medida.

Observe-se o que tem a dizer sobre reclusão e detenção Luiz Regis Prado:

A diferença entre Reclusão e detenção é meramente quantitativa, com fulcro na maior gravidade da reclusão em face da detenção. A consequência da pena privativa de liberdade aplicada influi na seqüência de sua execução, quando da imposição cumulativa na hipótese de concurso material (art. 69, *caput*, CP), em relação ao estabelecimento penal de cumprimento da pena (de segurança máxima, média e mínima), à incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, CP), à submissão da gente inimputável a tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*, CP), à vedação da fiança (art. 323, I, e V, CPP) e à decretação da prisão preventiva (art. 313, I e II, CPP).²⁴

Há duas espécies distintas de penas privativas de liberdade no CP: reclusão e detenção. Com as duas grandes mudanças sofridas pelo CP (Leis n. 6.416/77 e n. 7.209/84), restaram poucas diferenças entre a pena de reclusão e a de detenção. A LCP dá à pena privativa de liberdade aplicável às

²⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 489.

contravenções o nome de prisão simples.²⁵

A rejeição de unificação do regime prisional pelo Código de 1940, manteve a distinção da pena privativa de liberdade em reclusão e detenção. Acerca do assunto Luiz Regis Prado afirma que:

Ainda sobre as diferenças entre reclusão e detenção temos primeiramente nos moldes do art. 69 CP, *caput*, quanto a ordem de execução, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro a de reclusão. Na incapacidade do exercício do pátrio poder (CP, art. 92, II), assim o indivíduo submetido a pena de reclusão fica incapacitado ao exercício do pátrio poder, ao passo que a lei nada diz em referência a pena de detenção neste caso. Quanto a possibilidade de substituição do internamento por tratamento, na medida de segurança (CP, art. 97, *caput*): *se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.* Na limitação ou não da fiança (CPP, art. 323, I). Nos pressupostos para a prisão preventiva (CPP, art. 313, I e II).²⁶

Não obstante a existência de robusto movimento propugnando a completa eliminação da dualidade de penas privativas de liberdade, o atual Código Penal rejeitou, na reforma de 1984, a tendência de unificação do sistema prisional. Manteve, portanto, a distinção da pena privativa de liberdade em reclusão e detenção, de cunho eminentemente formal. O Código anterior (1940) – redação original – consignava que o condenado, no período inicial de cumprimento da pena de reclusão, ficaria sujeito a isolamento diurno (facultativo), por tempo não superior a três meses, desde que o permitissem suas condições pessoais (art. 30, 30, *caput*), o que não ocorria em se tratando de pena de detenção. Determinava ainda o código Penal de 1940 a separação obrigatória entre os condenados a pena de detenção e aqueles sentenciados a reclusão (art. 31, *caput*), além de vedar a concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*) e a escolha do trabalho pelo preso quando a pena fosse de reclusão (vide arts. 30, § 3.º, e 31, parágrafo único).²⁷

²⁵ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 128.

²⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 560.

²⁷ *Ibidem*, p. 561.

Finaliza o autor arrematando que:

Não existe nenhuma distinção ontológica entre as modalidades de pena privativa de liberdade. Todavia, a espécie de pena privativa de liberdade aplicada influi na seqüência de sua execução, quando da imposição cumulativa na hipótese de concurso material (art. 69, *caput*, CP), e também em relação ao estabelecimento penal de cumprimento da pena (de segurança máxima, média e mínima), à incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, CP), à submissão do agente inimputável a tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*, CP), à vedação de fiança (art. 323, I e V, CPP) e à decretação da prisão preventiva (art. 313, I e II, CPP).²⁸

Em suma, a única diferença entre as duas formas de pena é o regime que pode ser determinado na sentença condenatória. Na reclusão, o condenado deve cumprir a pena nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto. Se condenado à pena de detenção, só é possível aplicar os regimes semi-aberto ou aberto.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

1.3.1 O Surgimento das Penas

Para se analisar aspectos históricos da pena há que se aplicar, de início, especial relevo no trabalho dos juristas que comentam os textos romanos à luz do direito canônico e do direito local ou estatutário. Assim, desde logo, surgem as escolas dos glosadores (1100-1250) e dos pós-glosadores (1250-1450), que têm como berço a Itália. Dentre os primeiros, merecem referência Irnério, fundador da escola dos glosadores; azo, autor de *Summa codicis*; Accursio, autor da compilação Magna Glosa; Guido de Suzzara e Rolandino Romanciis, autores das primeiras obras de Direito Penal. Já entre os pós-glosadores – mais preocupados com o Direito comum (*generalis consuetudo*) – calha lembrar Alberto Galdino, autor de *Tractatus de maleficiis*; Jacob de Belvisio, autor de *pratica criminalis*; Bartolo de

²⁸ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 561.

Sassoferrato e seu discípulo Baldo de Ubaldis.²⁹

Desde os primórdios da civilização humana a pena já era parte do meio social dos diversos grupos humanos, isto é fato. O que não é sabido é o tempo exato do surgimento da pena, estudiosos de renomado nome não conseguiram, ainda, identificar no espaço tempo este período. Desde o início dos agrupamentos humanos já existia uma maneira de viabilizar a convivência social humana, debaixo de normas disciplinadoras.³⁰ Complementa o autor reafirmando que:

Nessas formas primárias de comunidade, a que falta um órgão que exerça a autoridade coletiva, a vigência das normas resulta do hábito e a sua obrigatoriedade assenta no temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas e com certas instituições de fundo mágico ou religioso, como tabu.³¹

Ainda sobre o tema, Valdir Sznick diz que:

Ao longo da história, as penas foram então abandonando sua relação com a religião onde, juiz e sacerdote se confundiam para atingir o julgamento por meio de um terceiro desinteressado, imbuído do espírito de justiça, não ligado ao sacro, mas ao jurídico.³²

Alguns dos exemplos históricos mais significativos para tal evolução podem ser citados, como o antigo Egito, onde a parte culpada pelo pecado (visão religiosa das penas) era aquela que sofria a pena, como o falsário e o ladrão que tinham as mãos amputadas, conforme cita Valdir Sznick, que afirma que as penas mantiveram-se severas também nos Códigos de Hamurabi, com a pena de talião, (passo decisivo para a justiça porque estabeleceu limites, à medida que a reação não poderia ultrapassar a ação) e no Código de Manu. Na Grécia antiga, Atenas com Dracon teve uma legislação mais severa, enquanto a de Sólon foi mais humana e suave. Mas foi com os Romanos que a pena, inicialmente religiosa, assume sua feição de

²⁹ Ibidem, p. 74-75.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 281.

³¹ Ibidem, p. 282.

³² SZNICK, Valdir. *Penas Alternativas*. São Paulo: Leud, 1999. p. 87.

vingança, não mais privada, mas estatal devido à fortificação e centralização do Estado que pega para si o direito de punir os infratores de suas normas.³³

Para Galdino Siqueira:

Desde seus primórdios, domina no direito penal dos Romanos a concepção que dá ao crime e à pena o caráter público, isto é, o crime é considerado como atentado contra a ordem jurídica estabelecida e guardada pelo Estado e a pena como reação do Estado contra o crime.³⁴

Sobre os estudos da pena em relação ao povo germânico Luiz Regis Prado em sua obra diz que:

[...] com a crescente interligação dos povos germanos aos romanos, pode-se dividir o direito germânico basicamente em duas fases, sendo que a primeira (época germânica) ocorreu com a formação dos reinos, e a segunda (época franca) quando foi instituído um Estado unitário.³⁵

Complementa sobre a questão da evolução da pena na sociedade germânica em formação a assertiva de Aníbal Bruno que afirma:

[...] os costumes germânicos utilizavam-se da vingança ou da perda da paz para se resolver os problemas penais. No grupo gentílico o criminoso era excluído da proteção jurídica, e com isso poderia ser perseguido e assassinado por qualquer pessoa.³⁶

Cláudio Heleno Fragoso afirma também que:

[...] é também característica do direito germânico a prevalência, por longo tempo, do aspecto objetivo do fato delituoso, em contraposição ao direito romano da época clássica, que proclamava o primado do aspecto subjetivo (*in maleficiis voluntas expectatur, non exisutus*). Atende-se ao dano causado, sem indagar se resultou de culpa, dolo ou caso fortuito.³⁷

³³ SZNICK, Valdir, op. cit., p. 87-88.

³⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. t. 1. p. 42.

³⁵ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 75.

³⁶ Apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 76.

³⁷ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal: A nova parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro:

Destaca Valdir Sznick que: “[...] no direito canônico houve uma avanço no que se referiu as penas, já que havia um repúdio por parte da igreja as penas degradantes e desumanas”³⁸. Sobre o mesmo prisma Galdino Siqueira em sua obra tratado de direito penal salienta que: “uma vez que esse direito foi inspirado em idéias de humanidade e piedade, criou-se um sistema penal suavizado, incluindo a pena de morte, substituída por penas carcerárias”.³⁹

Estabelecida a influência do Direito da Igreja, acharam-se em presença três construções jurídicas diversas – o Direito romano, o germânico e o canônico, - que, apesar de representarem graus de evolução diferentes e os mais diferentes princípios fundamentais, concorreram juntos para a formação do que se chamou o direito Penal Comum, o Direito Penal regeu a prática da justiça punitiva em diversos países da Europa, durante séculos, na idade-média e épocas posteriores.

Apesar de ainda conter, a pena, um caráter retributivo, tomou, a pena, o sentido de sanção legal. A idéia de retribuição pelo delito cometido só passou a ser nitidamente superado no séc. XVIII, a partir de 1764 com Cesare Beccaria em seu livro *Dos delitos e das penas*, e mesmo que algumas de suas posições já estivessem sido empregadas por Grócio e Montesquieu, contribuiu em grande monta para a reforma do Direito Penal e conseqüente humanização das penas e prisões, em combate à crueldade que imperava como forma punitiva. Tratou também de maneira inovadora a inter-relação entre os princípios penais e as penas aplicadas à sua época.⁴⁰

Julio Fabbrini Mirabete milita que a partir da disseminação das idéias de Beccaria, e posteriormente o surgimento das teorias a respeito da

Forense, 1987. p. 187.

³⁸ SZNICK, Valdir, op. cit., p. 97.

³⁹ SIQUEIRA, Galdino, op. cit., p. 42.

⁴⁰ Apud SZNICK, Valdir, op. cit., p. 97. Sobre os aspectos históricos dos delitos e das penas no sistema internacional, torna-se imperioso uma breve leitura do artigo publicada na Revista de Ciências Penais sob a responsabilidade do saudoso professor Luiz Luisi. (LUIZI, Luiz. *Dos delitos e das penas* na obra de Gaetano Filangieri. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 84-96, jan./jun. 2005).

natureza e dos fins da pena⁴¹ e das escolas penais, com ênfase na Escola da Defesa Social, de Adolfo Prins e Fillippo Grammatica e mais recentemente com a nova Defesa Social de Marc Ancel adotou-se a teoria ressocializadora.⁴²

A pena deve ser considerada útil e necessária pelo conjunto dos resultados que visa, e que pode conseguir em maior ou menor escala. É proveitosa ainda pelo sentimento, que desperta, de reparação da injustiça, ligado ao seu inevitável sentido retributivo.⁴³

Aníbal Bruno conceitua pena como “a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de fato definido na lei como crime”, pode ser classificada doutrinariamente em corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos.⁴⁴

As penas corporais podem ser dita aquelas que ofendem diretamente a integridade física do delinqüente. A privativa de liberdade, apesar de sua inegável falência, é a mais empregada na qual a sanção penal dá-se por meio da privação dos condenados à sua liberdade de locomoção. As penas privativas de liberdade de locomoção como a privativa de liberdade, limitam-na. Essas penas que tem como exemplo o banimento e o desterro não são aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, e aquelas que ainda os são, como a proibição de freqüentar determinados lugares, passaram a ser requisitos para a concessão do *sursis* (art. 78, do Código Penal).⁴⁵

As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado. Pode ser dividida em duas modalidades: a multa,

⁴¹ Sobre a punibilidade e os fins da pena ver: CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 3, ano 2, p. 123-146, jul./dez. 2005; PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 143-158, jan./jun. 2004; ainda: PRADO, Luiz Regis. Do sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 650, dez. 1989; PRADO, Luiz Regis. Multa substitutiva: medida de política criminal alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, dez. 1995.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 287.

⁴³ Ibidem, p. 287.

⁴⁴ Ibidem, p. 287.

⁴⁵ Art. 78 do CP. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

tipo principal, e o confisco. As penas privativas e restritivas de direitos retiram ou diminuem direitos dos condenados. As previstas pelo Código Penal dividem-se em: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal).⁴⁶

Por outro lado, segundo Bitencourt, “a história do Direito Penal, consiste na análise do direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente.”⁴⁷ O seu estudo é de inquestionável importância, vez que permite um melhor conhecimento do Direito vigente, inclusive a exegese que, como refere aquele autor, “necessita ser contextualizada, posto que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos.”⁴⁸

Diante de tais aspectos existe a possibilidade em se dividir historicamente a aplicação das penas como forma de vingança, privada, divina e pública.

1.3.2 A Vingança Privada

Na época primitiva, em que o homem vivia da caça e da pesca, a punição se apresentava como uma reação impulsiva de vingança pelo instinto inconsciente de conservação, variando segundo as circunstâncias. Iniciando-se pelo período Paleolítico, pode ser datado, grosso modo, de 500.000 a 10.000 a.C., com suas divisões em duas fases, uma mais antiga ou Paleolítico Inferior, e outra mais moderna ou Paleolítico Superior, época essa que pelo menos quatro espécies humanas habitaram a terra, passando pelo

⁴⁶ Art. 43 do CP. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (VETADO); IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 447.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 447.

Neolítico, onde o homem exercia maior domínio sobre o meio do que qualquer de seus predecessores, quando se percebe a poligamia dentro da instituição familiar. Uma segunda instituição desenvolvida sob forma mais complexa pelo homem neolítico, foi a religião.

Na maior parte, o homem primitivo, não dispunha de um sistema permanente de Tribunais, nem força policial, nem governo com poderes coercivos. Os hábitos transformados em costumes, tomavam o lugar da lei, promovendo-se a justiça por meio da vingança, inexistindo, assim, o conceito de crime. A autoridade pública não chegava a tomar conhecimento da existência dos delitos cometidos, na sua maioria privados. Por esse motivo, o assassinato era considerado um simples dano causado à família da vítima, sendo uma prática comum a aceitação do Wergeld (preço do sangue).⁴⁹

Como pode ser observado, em todas as sociedades, desde as mais remotas, sempre foi legítimo o direito de “pagar na mesma moeda”, “retribuir o mal com o mal”, devolvendo os agravos e as ofensas *tallis e tallis*, ou seja, tal a tal (daí a palavra talião). A chamada Lei de Talião, *olho por olho, dente por dente*, era aplicada implacavelmente como questão de honra e converteu-se em direito das vítimas e de seus familiares.⁵⁰

O crime de sangue levava a faida, ou seja, a vingança de sangue. Não se tratava apenas de represália ao ato individual, mas de guerra de honra entre os clãs, a ira não era dirigida ao autor do delito ou agravo, mas sim ao clã inimigo. Posteriormente, a faida, passou a ser decidida por meio de um contrato de conciliação, que encerrava ou contornava a situação, mediante o pagamento de uma composição, ou seja, pelo pagamento de multa. O homicídio, sendo considerado uma ação grave de força era, portanto, sujeito a multa. Havia, na composição dos clãs, uma permanente e sagrada solidariedade. Assim é que, por ocasião da perda da paz, o indivíduo perde a solidariedade do clã, sendo-lhe infligido o exílio, porém não a morte.

⁴⁹ LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: Konfino, 1975, p. 6.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

Era concedido ao criminoso tempo suficiente para que deixasse a comunidade, sendo que, extrapolado tal prazo, ou caso retornasse ao clã, conseqüentemente seria morto.⁵¹ Note-se que em todo esse período, não há qualquer vestígio de um local para a execução das penas.

Para os gregos existiam duas espécies de crimes: *públicos*: na qual se mantinham as penas coletivas, aplicadas a membros da família do criminoso, como a pena de morte, desterro, expulsão da paz (atimia); *privados*: ensejavam apenas a punição do autor, ou, para usar designação moderna, surgia a responsabilidade individual.

Já, para os romanos, ensina Ulpiano que “aquele que vive honestamente não lesa a outrem e dá a cada um o que é seu, está praticando preceitos em conformidade com o Direito.”⁵²

Os romanos construíram um grande império. Para preservá-lo era necessário um sistema jurídico avançado. Concebeu-se, assim a *pax romana*. Isso explica a monumental obra jurídica construída pelos romanos. Especificamente com relação ao Direito Penal, em virtude de seu espírito prático, permaneceram indiferentes à especulação filosófica e não elaboraram nenhuma teoria sobre o direito de punir, confiando apenas várias direções, sem orientação determinada.

A noção de pena prevaleceu entre os romanos como intimidação e correção, completada como prêmio que atraiu o homem para a vida honesta. Nos últimos tempos assume vários fins no supremo princípio da disciplina pública que chegou a ser o fundamento da lei penal, reconhecendo o princípio intimidativo. “Para os romanos a pena criminal, passado o período primitivo, revestia-se de uma função retributiva, de exemplaridade e, também, de prevenção”.⁵³

⁵¹ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 26.

⁵² Apud MARIANO, Ruiz Funes. *A Crise das Prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 63.

⁵³ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 26. Interessante o artigo de autoria da Promotora de Justiça de São Luis do Maranhão acerca do assunto (CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. A ocasião faz o ladrão: como prevenir a delinquência através do controle situacional. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 179-195, jan./jun. 2005).

Também cabe assinalar que o Direito Penal romano atingiu um grau técnico-jurídico de elaboração suficiente para distinguir o elemento subjetivo da infração (dolo ou culpa) do fato puramente material. Surgem daí as noções de crimes dolosos (intencional) e culposos (não intencional).

No tocante à imputabilidade (capacidade subjetiva para sofrer o juízo de censura pela prática de uma conduta delituosa), embora não tenha sido desenvolvida uma teoria completa, não se deve esquecer que os juristas romanos souberam, em casos específicos, compreender que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade.⁵⁴ Um exemplo constante do Digesto, serve para nos esclarecer a respeito: “A ação de bens roubados com violência não poderá ser intentada contra um impúbere que não é capaz de dolo ou mal (*impuberem qui doli mali capax non est*)”.⁵⁵

Como se observa, a construção do Direito Penal romano fundamentou-se por meio da prática do justo (*ars boni et aequi*), aplicada aos casos cotidianos. A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal.

1.3.3 A Vingança Divina

Trata-se de um período em que a civilização já se encontrava num estágio mais avançado, sendo o poder social exercido em nome de Deus - Estado Teocrático, bem como a Justiça e a punição do crime. Desde a Grécia antiga, a lembrar Licurgo que, dava publicidade às leis consultando os Oráculos, onde era buscada a inspiração para aprovar ou desaprovar os textos que lhes eram submetidos.

⁵⁴ Sobre a culpabilidade ver: BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: uma análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 1, ano 1, p. 171-184, jul./dez. 2004.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 14.

Nos tempos da vingança privada punia-se com rigor, antes com notória crueldade, especialmente quando cometido crimes considerados graves, como a traição, o sacrilégio, o adultério, a pederastia e o incesto, aos quais era aplicada a pena de morte pública. Já na vingança divina, embora encontrem uma invocação, não encontra-se como fundamento da punição a vontade superior. As leis são ditadas em nome de Deus e o legislador invoca seu nome e pede sua inspiração para redigi-las.

Revestido de caráter religioso, o código de Hamurabi - texto legislativo mais antigo que chegou até os dias de hoje, onde versavam decisões de equidade inscritas em pedra (2083 a.C.) - protegia a propriedade, a família, o trabalho e a vida humana. Quanto à proteção da família, observa vários tipos penais, sendo o adultério (da mulher) o ilícito mais grave, punido com a morte, como também no incesto, eram -mãe e filho - queimados (art. 157) e, no caso de relações com a madrasta, seria o filho expulso da casa paterna (art. 158). O código defende no ordenamento jurídico penal a pessoa humana, sendo que a pena era aplicada mediante a condição social da vítima, variando na sua mensuração, de acordo com a classe social do ofendido (homens livres e escravos).⁵⁶

O Código da Índia, de Manu, tinha por finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas, donde provinham direitos e deveres: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos sudras, que nada valiam.⁵⁷

O Direito Penal dos hebreus, também conhecido como Leis Mosaicas - os Dez Mandamentos, ou Decálogo, que teriam sido escritas por Deus a Moisés, no alto do monte Sinai, e que está contida nos cinco primeiros livros da Bíblia, quais sejam: Gênese, Êxodo, Levítico, Números e

⁵⁶ O Código de Hamurabi surgiu entre 1792 e 1750 a.C. Compunha-se de 282 artigos, sendo que 33 deles se perderam. Foi talhado em grande coluna de pedra e se encontra no Museu do Louvre em Paris.

⁵⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 8.

Deuteronômio, todos atribuídos a Moisés, disciplinou a vida dos israelitas.⁵⁸

Eram os hebreus o povo que mais prezava pelo respeito à vida e pela liberdade do semelhante, ainda que delinqüente. Portanto, a tendência predominante de que a legislação penal dos judeus era francamente rigorosa é contestável. Ainda assim, havia distinções acentuadas entre as classes sociais de então, porém, fato relevante e, porque não transcendental, da Lei Penal Hebraica, é a não distinção para os culpados dos fatos delitivos, isto é, não eram levadas em consideração as condições sociais, políticas ou religiosas do culpado. Dava-se ênfase para a vingança sagrada, isto é, para os hebreus, tal vingança tratava-se de um dever, enquanto que a vingança pessoal tinha menor relevância, sendo, então, tratada como um direito.

Crime e pecado eram a mesma coisa. O criminoso era punido para aplacar a cólera divina, que ficara irada com a violação de suas leis e, em represália, castigava o povo. Nesta fase surgiram as penas mais desumanas e cruéis, oriundas do fanatismo e da paixão religiosa. A autoridade religiosa não só punia espiritualmente como se utilizava de violência e de penas físicas. Assim, por exemplo, a pessoa excomungada perdia seus bens, era marcada na carne e no rosto, devia ser evitadas pelos demais membros da sociedade, tinha a casa assinalada para que ninguém nela adentrasse, bem como atiravam-se pedras nela e em seus familiares. Prolongou-se, a vingança divina, desde muitos anos antes de Cristo, até a Revolução Francesa, motivo pelo qual em muito influenciou no desenvolvimento da Ciência Jurídica.

Note-se que ainda não há menção de qualquer meio de encarceramento ou sistema prisional para aplicação de qualquer que seja o tipo de pena. A maioria delas, atendendo ao princípio intimidativo, eram executadas em praça pública para que pudessem ser exemplo para a comunidade.⁵⁹

⁵⁸ Ibidem, p. 8-9.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

Importante destacar ainda, em termos de vingança privada, a existência da Inquisição que foi o Tribunal da Igreja Católica, instituído no século XIII para perseguir, julgar e punir os acusados de heresia - doutrinas ou práticas contrárias às definidas pela Igreja. A Santa Inquisição é fundada pelo papa Gregório IX (1170 - 1241) em sua bula (carta pontifícia) *Excommunicamus*, publicada em 1231. No século IV, quando o cristianismo se torna a religião oficial do Império Romano, os heréticos passam a ser perseguidos como inimigos do Estado.⁶⁰

Na Europa, entre os séculos XI e XV, o desenvolvimento cultural e as reflexões filosóficas e teológicas da época produzem conhecimentos que contradizem a concepção de mundo defendida até então pelo poder eclesiástico. Paralelamente surgem movimentos cristãos, como os cátaros, em Albi, e os valdenses, em Lyon, ambos na França, que pregam a volta do cristianismo às origens, defendendo a necessidade de a Igreja abandonar suas riquezas. Em resposta a essas heresias, milhares de albigenses são liquidados entre 1208 e 1229. Dois anos depois é criada a Inquisição.⁶¹

A responsabilidade pelo cumprimento da doutrina religiosa passa dos bispos aos inquisidores - em geral franciscanos e dominicanos -, sob o controle do papa. As punições variam desde a obrigação de fazer uma retratação pública ou uma peregrinação a um santuário até o confisco de bens e a prisão em cadeia. A pena mais severa é a prisão perpétua, convertida pelas autoridades civis em execução na fogueira ou forca em praça pública. Em geral, duas testemunhas constituem prova suficiente de culpa.

Destarte, é a primeira vez que as prisões em cadeias aparecem como simples lugar para a custódia dos acusados, uma vez que, na época as penas de prisão perpétuas eram convergidas a pena de morte.

Em 1252, o papa Inocêncio IV aprova o uso da tortura como

⁶⁰ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 29.

⁶¹ Ibidem, p. 29.

método para obter confissão de suspeitos. A condenação para os culpados é lida numa cerimônia pública no fim do processo, no chamado auto-de-fé. O poder arbitrário da Inquisição volta-se também contra suspeitos de bruxaria e todo e qualquer grupo hostil aos interesses do papado.⁶²

Nos séculos XIV e XV, os tribunais da Inquisição diminuem suas atividades e são recriados sob forma de uma Congregação da Inquisição, mais conhecida como Santo Ofício. Passam a combater os movimentos da Reforma Protestante e as “heresias” filosóficas e científicas saídas do Renascimento.

1.3.4 Vingança Pública

A vingança pública, separada do período anterior (vingança divina) pelo advento da Revolução Francesa, caracteriza-se pela aplicação das sanções no interesse da sociedade, visando à intimidação, muito embora as sanções continuavam severas, desumanas e as garantias processuais ainda não haviam sido proclamadas. A pena era concebida, pelo sofista Protágoras (Grécia, 490-420 a.C.), como o aspecto prático da intimidação. Porém, o pensamento não era apenas no sentido da expiação ou de intimidação. Apenas servia menos ao seu fim (pena de morte) e no caso do “incorrigível” seria absurdo a que tivesse o único fim de reeducação.⁶³

Para Aristóteles, a pena como meio de intimidação pode ser considerada como inexorável necessidade social; o povo suporta as normas por temor, não infringindo direito por causa da ameaça das leis punitivas. Aponta, ainda, como causa que incita à prática de atos delitivos a esperança da impunidade, como, também, a de poder corromper os magistrados.

A Revolução Francesa foi a rebelião política e social que aconteceu na França, de 1789 a 1799. Sob o lema “Igualdade, Liberdade e

⁶² FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 29.

⁶³ Ibidem, p. 29.

Fraternidade”, a burguesia se revolta contra a monarquia e, com o apoio popular, toma o poder, instaurando a primeira república. Os revolucionários acabam com os privilégios da nobreza e do clero e livram-se das instituições feudais do Antigo Regime.

Ao final do século XVIII, 98 % da população francesa pertence ao chamado Terceiro Estado, que reúne ricos burgueses e camponeses e que arcam com pesados impostos para sustentar o rei, a nobreza e o clero, além de sofrer com os abusos do absolutismo de Luís XVI. A burguesia detém o poder econômico, mas perde as disputas políticas para os outros Estados (Nobreza e Clero) que se aliam nas votações. Estimulada pelos ideais do Iluminismo, a burguesia se revolta contra a dominação da minoria.⁶⁴

A população se envolve e as revoltas, em Paris e no interior, culminam, em 14 de julho, com a tomada da Bastilha e a Assembléia Nacional Constituinte, formada pela bancada do Terceiro Estado (Burguesia) abole em 04 de agosto de 1789, os direitos feudais ainda existentes e aprova a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Surgiram, pois, da Revolução Francesa, os três princípios básicos do Direito Penal, que foram aceitos por todos os países civilizados da época: a) não há crime e não há pena sem lei anterior que as defina; b) não há crime sem juízo, sem processo e sem julgamento; c) não há crime sem tipo (o Estado deve relacionar as condutas proibidas, bem como a pena correspondente a cada violação).

Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (mendigos, prostitutas etc.) ou questões políticas. No final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionaliza - se como principal sanção penal e a prisão passa a ser,

⁶⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 22.

fundamentalmente, o local da execução das penas.⁶⁵

Deixou, assim, de existir o “direito de punir”⁶⁶, iniciando o Direito Penal sob o aspecto científico hoje existente, sendo estudados o crime, o criminoso e a pena, seus elementos naturais. A vingança deu lugar à correção, ou recuperação, humanizando-se as penas.

1.4 APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL

1.4.1 Brasil Colonial

No Brasil, antes do descobrimento, os costumes penais dos indígenas são destituídos de interesse jurídico, o direito era consuetudinário. Esse direito consuetudinário, nenhuma influência teve nos descobridores que aqui vieram trazendo suas leis.

Apesar de à época do descobrimento estarem em vigência as Ordenações Afonsinas,⁶⁷ que logo forem substituídas pelas Manuelinas, o primeiro Código Penal foi o Livro V das Ordenações do Rei Filipe II. São as Ordenações Filipinas que foram o primeiro estatuto, pois as anteriores muito pouca aplicação aqui poderiam ter, devido às condições próprias da terra.

As Ordenações Filipinas⁶⁸ refletiam o direito penal daqueles tempos. Havia a pena de morte, a qual comportava várias modalidades: morte na forca; a precedida de torturas; a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso, até a putrefação; a morte pelo fogo; açoites; degredo para a África e outros lugares, mutilação de mãos, da língua, etc.

Quanto ao crime em si, era este confundido com o pecado.

⁶⁵ CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elizabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 62-63.

⁶⁶ ALMEIDA, André Vinícius de. Direito de punir e poder de punir: uma análise a partir da doutrina dos direitos subjetivos. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 196-215, jan./jun. 2005.

⁶⁷ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, op. cit., p. 59.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 59.

Para o julgamento, entretanto, havia a desigualdade de classe social, aplicando o juiz a pena segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa: os nobres, em regra eram punidos com multa; aos de classe inferior, os castigos eram mais pesados e humilhantes. A prisão, como na Europa, era apenas estabelecimento de custódia.

Foi o Código de mais longa vigência aqui, de 1603 a 1830. A mais importante tentativa de modificação da legislação foi de autoria de Pascoal José de Melo Freire dos Reis, professor da Universidade de Coimbra, que inspirava-se no pensamento dos enciclopedistas. Seus trabalhos jamais foram convertidos em lei, pois havia receio, diante dos fatos da Revolução Francesa.⁶⁹

1.4.2 Período Imperial

Após a Proclamação da Independência, a Lei de 20 de outubro de 1823, manda que continuem a ser observadas as Ordenações, o que ocorre até 1830, quando foi sancionado por D. Pedro I o novo Código, projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Esse Código é de índole liberal, inspirava-se no Código francês de 1810 e no Napolitano, de 1819, não se submetendo entretanto a nenhum deles. Foi um Código original, pela primeira vez contemplando os motivos do crime, o que só meio século após seria tentado na Holanda e em outros países; fatores atenuantes da menoridade, o que era desconhecida nas legislações francesa e napolitana; indenização do dano *ex delicto* como instituto direito público, etc. Apesar de qualidades, apresentava defeitos, como por exemplo, não definira a culpa, aludindo apenas ao dolo; homicídio e lesões corporais por culpa, omissão que veio a ser suprida mais tarde.

Havia também dentre as falhas apresentadas, o tratamento de

⁶⁹ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, op. cit., p. 60.

desigualdade do escravo, o qual previa as penas de galés e de morte. Outro item a ser observado, é que o Código continha diversas figuras delituosas, representando ofensas à religião. Como foi considerado um Código excelente para a época, teve influência nas legislações espanhola e latino-americanas. Ao Código Penal, seguiu-se o Código de Processo (1832).

Entretanto, apesar de serem considerados Códigos brilhantes, houve leis de retrocesso, como a de 10 de junho de 1835, a qual dispunha que crimes cometidos por escravos contra homens livres seriam julgados por um júri, após um breve processo e que se o mesmo fosse condenado, seria executado, sem direito a recurso. Essa lei vigorou até 1886, quando foi revogada, passando novamente para o juiz a formação da culpa, que esta atribuía às autoridades policiais.

Em suma, a Carta Magna brasileira, outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro I, acolheu em seu artigo 179 princípios sobre direitos e liberdades individuais, alterando, em parte, o sistema penal em vigor. O parágrafo 18 do citado dispositivo consignou a imperiosa necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.”⁷⁰

Em 1827, Bernardo Pereira Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram, individualmente, um projeto de código Criminal, ambos de excelente qualidade. Preferiu-se, no entanto, o de Bernardo Pereira de Vasconcellos:

[...] por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor.⁷¹

Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro Código autônomo da América Latina. Destacava Aníbal Bruno que o

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 117.

⁷¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal...*, op. cit., p. 46.

novo texto fundou-se nas idéias de Bentham, Beccaria Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou estritamente a qualquer deles, tendo sabido mostrar-se original em mais de um ponto.

Com efeito, o Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal Espanhol de 1848 e o Código Penal Português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Dentre as grandes inovações, no Código consagrou o sistema dias-multa em seu art. 55, tido, equivocadamente, como de origem nórdica.

1.4.3 Brasil República

Em virtude da abolição da escravatura, houve a necessidade de reforma na legislação penal. No último ano da república, foi incumbido de elaborar um projeto de reforma penal o Conselheiro João Batista Pereira. O novo Código Penal foi aprovado pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.⁷²

O Código foi muito criticado. Era fundamentalmente clássico. Tentou suprir lacunas que o antecessor apresentava. Aboliu a pena de morte e outras, substituindo por penas mais brandas e criou o regime penitenciário de caráter correccional. Neste momento a instituição prisional já é lugar para execução e aplicação da pena.

Por apresentar muitos defeitos e pelo fato de vigorar por muito tempo, houve muitas leis extravagantes que o completaram, tomando sua pesquisa pelos profissionais do Direito, muito árdua.

Em 1932, o Des. Vicente Piragibe reuniu toda essa legislação

⁷² FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, op. cit., p. 62.

em um só Código, o qual passou a se chamar Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Diferentemente da época do Império, a doutrina foi aprimorando-se, em virtude da quase totalidade dos crimes passar a ser julgado pelo juiz singular, e não mais pelo Tribunal do Júri. Entretanto, logo no início da vigência do Código, já surgia a idéia de reforma.

Após apresentação de vários projetos que não lograram êxito, finalmente após o golpe de 10 de novembro de 1937, Alcântara Machado foi designado para elaborar um Projeto de Código Penal. Pelo fato de o Projeto receber inúmeras críticas, passou por uma Comissão Revisora, composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Roberto Lira e Costa e Silva. O Projeto, entretanto, não foi convertido em lei. O atual Código, promulgado em 7 de dezembro de 1940, pelo Decreto-Lei n. 2.848, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, resulta dos trabalhos da Comissão Revisora.⁷³

O lapso de tempo dentre a promulgação e sua vigência foi mais de um ano. Tal fato deveu-se devido à necessidade conhecê-lo, como também tempo hábil para que se elaborasse o novo Código de Processo, o qual foi transformado em lei pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ambos os estatutos foram precedidos de Leis de Introdução. Como complemento contemporâneo e complementar do Código Penal, tem-se a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941).⁷⁴

Dentre as leis que modificaram o Código Penal em vigor, merecem referência a Lei n. 6.416, de 24.5.77 e a Lei n. 7.209, de 11.7.84, que instituiu uma nova parte geral.

Objetivando a substituição do Código Penal de 1940, solicitou-se a Nelson Hungria um anteprojeto de código penal. Foi revisado e promulgado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21.10.69, retificado pela Lei n. 6.016 de 31.12.73. O Código Penal de 1969, teve sua vigência até final revogação

⁷³ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 63.

⁷⁴ Ibidem, p. 65.

pela Lei n. 6.578, de 11.10.78.

Por força da Lei n. 7.209/84, surgiu uma nova estrutura penal atingindo a parte Geral do Código Penal. Lei baseada num anteprojeto, elaborado por juristas como: Miguel Reale Júnior, Serrano Neves, René Ariel Dotti, Hélio Fonseca e Rogério Lauria. A partir dessa formulação surge A Lei de Execução Penal n. 7.210.

As maiores modificações inovações introduzidas dizem respeito à disciplina normativa da omissão, ao surgimento do arrependimento posterior, à nova estrutura sobre o erro, ao excesso punível alargado a todos os casos de exclusão de antijuridicidade, ao concurso de pessoas, às novas formas de penas e extinção de penas acessórias e a abolição de grande parte das medidas quanto a periculosidade presumida.

Atualmente, no campo penal, em matéria legislada, tem-se: o Código Penal, com a parte Geral introduzida pela Lei n. 7.209/84; a Parte Especial prevista pelo Decreto-lei n. 2.848 (código de 1940); a Lei de execuções Penais (Lei n.7.210 e um grande número de leis esparsas, como a relativa ao abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), a falimentar (Decreto-lei n. 7.661), a de economia popular (Lei n. 1.521), a lei sobre preconceito (Lei n.7.716), a de imprensa (Lei n. 5.250-revogada), o Código Eleitoral (Lei n. 4737), o Código Florestal (Lei n. 4.771), a Lei de contravenções penais (Decreto-lei n. 3.688), a dos crimes hediondos (Lei n. 8.072), a dos direitos do consumidor (Lei n. 8.078), etc.⁷⁵

Mais recentemente, a Lei n. 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente que manteve a inimputabilidade penal para menores de 18 anos, criou figuras típicas criminais quando o menor é sujeito passivo e estabeleceu alguns casos para agravamento da pena

A Lei n. 8.666/93, que revoga o artigo 355 do Código Penal, lei essa que trata das licitações. Também a lei 8.930/94, que trata de crimes hediondos. E ainda as novas legislações penais especiais como a Lei n.

⁷⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. 1.

9.034/95 relativa as organizações criminosas; a Lei n. 9.279/96 que instituiu o Código de Propriedade Industrial; a Lei n. 9.294/96, referente à restrição e uso de produtos como o cigarro e bebidas alcoólicas; a Lei 9.296/96 sobre a interceptação telefônica; a Lei n.9.434/97, sobre o transplante de órgãos; a Lei n. 9.437/97 relativa ao porte de armas; a Lei n. 9.455/97 referente a crimes de tortura; a Lei n. 9.503/97 que versa sobre crimes de trânsito; a Lei n. 9.613/98 que legisla a lavagem de valores; e a Lei n. 9.609/98, que regulamenta a proteção intelectual ao programa de computador.⁷⁶

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito...*, op. cit.

2 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

2.1 SURGIMENTO

A forma geral de uma aparelhagem para tomar indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre o corpo, criou a instituição prisão antes que a lei a definisse como pena.⁷⁷

A aplicação da pena de prisão, como sanção autônoma demorou muito a surgir na história do direito penal, prevalecendo até então, com raras exceções, sua imposição como fase preliminar das penas corporais, principalmente a de morte.⁷⁸

Em Bridewell, por volta do ano de 1552, protestantes se utilizaram de um velho castelo para alojar vagabundos e mendigos, cujo empreendimento em 1575 passou a chamar-se *House of Correction* e inspirou o legislador em 1576 a determinar que os outros condados também tivessem um estabelecimento daquela espécie. A Holanda, que não possuía galeras, criou o seu estabelecimento prisional em 1595 para homens e em 1598 para mulheres. Em 1656 foi a vez da França levantar o seu cárcere para deter vagabundos e miseráveis. Na Itália, por iniciativa do Papa Clemente XI, é construído em 1703 o Hospício de São Miguel, que se destinava também a menores delinqüentes.⁷⁹

A esta altura o alvo da repressão penal abandona as penas corporais e dá lugar ao controle à disciplina e à correção. Surgiram, pois, três sistemas prisionais de relevante importância para os estudos atuais: o sistema de Filadélfia ou Belga; o sistema de Auburn e o sistema Inglês ou Progressivo, além do sistema reformatório.

É imperativo que se saiba que não se pode confundir sistema

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 34.

⁷⁸ MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 42.

⁷⁹ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, op. cit., p. 298.

penitenciário e regimes penitenciários que dentre outras maneiras de se distinguirem um deles é a maneira concernente a execução. De primeiro, é preciso esclarecer que os sistemas penitenciários não se confundem com os regimes penitenciários, posto que, enquanto aqueles “representam corpos de doutrinas que se realizam por meio de formas políticas e sociais constitutivas das prisões” estes são as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares.⁸⁰

2.2 SISTEMA DE FILADÉLFIA OU BELGA

Iniciado em 1790, com a influência dos Quakers, no presídio de *Waimut Street Jail*, no estado da Pensilvânia, EUA, criou-se o sistema de Filadélfia, que posteriormente foi adotado na Bélgica.

Consistia, tal sistema, em o sentenciado permanecer em isolamento constante (*Solitary sistem*), sem trabalho ou visitas, permitindo-se, apenas, passeios pelo pátio celular e leitura da Bíblia como estímulo ao arrependimento. O trabalho era proibido, para que a energia e todo o tempo do preso fossem utilizados na instrução escolástica e serviços religiosos, acreditando-se ser esta a forma mais fácil de domínio sobre os criminosos. Posteriormente, este sistema foi atenuado, adotando-se o *Separate system*, em que o preso poderia receber visitas de funcionários do presídio, diretores do estabelecimento, médicos, religiosos, pastores ou sacerdotes. Realizava algumas tarefas e, por um dispositivo especial, assistia dali mesmo ao ofício religioso e aula, quando necessitasse de instrução.⁸¹

Com o passar do tempo, o sistema evolui no sentido de permitir, para os detentos de crimes de menor potencial ofensivo, durante o dia, o trabalho em comum, porém, totalmente em silêncio.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 557.

⁸¹ MUAHAD, Irene Batista, op. cit., p. 43-44.

Esse sistema começa, então, a chamar a atenção de estudiosos do assunto por ser completamente diferente de qualquer outra prisão conhecida. Foi entendida de forma a substituir as penas de morte pelo recolhimento perpétuo.

No início a preocupação era apenas em separar os presos de acordo com o sexo, a idade, a gravidade do delito, apenas para resolver alguns problemas como a promiscuidade que imperava dentro do sistema carcerário vigente.

Somente após alguns anos preocupou-se com a estrutura prisional. Coube, então aos arquitetos planejarem a forma mais adequada da referida estrutura para que evitassem as fugas dos presos que contidos, subjugados intimidados até o aniquilamento, não deveriam tornar a delinqüir.⁸² Foi também adotado por outras instituições dentre elas destacam-se a prisão de Pttsburgh, Westem Penitenciary e Cherry Hill, Estern Penitenciary.

Esse sistema de isolamento foi elogiado em virtude da separação individual, que impedia a corrupção dos condenados, do conluio para as fugas ou movimentos de rebelados, pela dispensa de pessoal técnico e pequeno número de guardas, pelo efeito intimidativo que exercia sobre os delinqüentes e para a coletividade, e pela facilidade em manter-se a higiene.

Apesar disso e além de constituir-se num progresso a vista do que havia até então, o Sistema de Filadélfia, que se baseava na segregação e no silêncio, foi muito criticado pela sua severidade e porque não levava à readaptação social do condenado, não só no Congresso Penal e Penitenciário de Praga em 1830, como também insurgiram-se contra ele Ferri, Concepción Arenal e Roeder,⁸³ entre outros.

Em resumo Luiz Regis Prado destaca que esse sistema, porém, passou por algumas modificações, destinadas a atenuar o rigor inicial.

⁸² MUAKAD, Irene Batista, op. cit., p. 44.

⁸³ Ibidem, p. 45.

Assim, em um momento posterior, permitia-se o contato do preso com os diretores do presídio, os funcionários, médicos, religiosos, educadores, e realização de pequenas tarefas (*separate system*). Aos condenados por delitos de apoucada gravidade era facultado o trabalho (coletivo e silencioso) durante o dia. Em verdade, esse primeiro sistema penitenciário visava à organização do caos existente nos estabelecimentos prisionais da época. Consistia em uma tentativa de sistematização da execução da pena privativa de liberdade, com vistas à superação de inúmeros problemas (promiscuidade, fuga, rebeliões, higiene deficitária, entre outros). Apesar de simbolizar um efetivo avanço, são muitas as objeções feitas a esse sistema, que, calcado na segregação e no silêncio, não proporcionava a reinserção social do condenado.⁸⁴

2.3 SISTEMA DE AUBURN

O sistema de Auburn foi criado nos EUA, na cidade que recebe este mesmo nome, em 1818. Conhecido como Silent system, estabelecido de forma clara suas características, por Elam Lynds, adotando, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Em um momento inicial os presos deviam trabalhar em suas celas, passando posteriormente ao grupo, porém os detentos não podiam falar entre si (comunicação horizontal), somente com os agentes carcerários (comunicação vertical), com a devida licença e em voz baixa. Foi abolido o isolamento absoluto, entretanto mantém-se a separação noturna.⁸⁵

Não existem grandes diferenças entre os dois sistemas. E os dois sistemas foram os precursores para o pensamento mais crítico da evolução para o atual sistema penitenciário. Ambos proibiam a comunicação entre os condenados, e realizavam a segregação noturna. A principal

⁸⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 558.

⁸⁵ Ibidem, p. 558.

diferença está no fato de que o filadélfico, ou sistema celular, a separação dos reclusos ocorria também durante o dia, enquanto que o auburniano permitia que durante algum período do dia os presos trabalhassem em grupo, ainda que em silêncio.

O sistema de Filadélfia predominou na Europa (Inglaterra, Alemanha e Bélgica) enquanto que o Auburniano nos Estados Unidos, mas, como não satisfatórios foram muito criticados e repudiados, desaparecendo sua forma original em menos de meio século.⁸⁶

Após muitas críticas aos dois sistemas surge a idéia de combina-los, de forma que se tornasse menos severo. Essa reunião de sistemas resultou em um terceiro, o Sistema Inglês ou Progressivo. Para Lynds, os presos eram psicologicamente defeituosos, “selvagens, covardes e incorrigíveis.”⁸⁷

Neste silêncio absoluto, Foucault vê uma clara influência do modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem a multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal para a sociedade, um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.⁸⁸

A vulnerabilidade deste sistema encontra-se no tocante a imposição do silêncio absoluto. Bem como, deve se atentar ao detalhe de que era proibida a visitação ao condenado, além de não ser valorizado o lazer e a instrução do recluso. Manuel Pedro Pimentel, comenta em sua obra a respeito da criação de um alfabeto com as mãos, batidas nas paredes ou com canos

⁸⁶ MUAKAD, Irene Batista, op. cit., p. 46.

⁸⁷ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 73.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, p. 73.

d'água, originaram-se nesta época.⁸⁹

2.4 SISTEMA PROGRESSIVO

No decurso do século XIX impõe-se definitivamente a pena privativa de liberdade, que continua sendo a espinha dorsal do sistema penal atual.⁹⁰ A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador.⁹¹

Nesta época surge a preocupação com a ressocialização do condenado,⁹² estimulando-os ao bom comportamento para a reinserção na vida em sociedade. Contrariando os sistemas anteriores, conduzia o comportamento à vontade do recluso para que dessa forma se reeducasse, aprendesse um ofício para que, então, obtivesse condições morais para voltar a reintegrar a comunidade de onde havia saído.

2.4.1 Sistema Inglês ou Mark System

Seguindo o modelo idealizado por Alexander Maconochie, está dividido em três períodos distintos:

1ª Fase: *Isolamento celular diurno e noturno* — chamado período de provas, com a finalidade de fazer com que o apenado refletisse sobre seu delito. Poderia ser submetido a

⁸⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. O advogado e a realidade do Direito Penal. *Encontro dos Advogados Criminais*. Anais, USP, dez. 1997, p. 138.

⁹⁰ JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. [s/l], [s/e], v. II, p. 1.068.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 81.

⁹² Nesse sentido: GONDLIM, Viviane Coelho de Sellos. A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 6, ano 4, p. 353-378, jan./jun. 2007.

trabalho intenso e à alimentação escassa.⁹³

2ª Fase: *Trabalho em comum sob a regra do silêncio* - o sentenciado era recolhido ao chamado *public workhouse*, onde era realizado o trabalho em comum com os outros detentos, porém em regime de silêncio absoluto, durante o dia, enquanto que à noite foi mantida a segregação. Nessa fase, foi criado um sistema de classes (vales ou marcas), em que à medida que o detento obtivesse bom comportamento, evoluía dentre as classes, até chegar a última, finalmente sendo-lhe concedida a liberdade condicional.⁹⁴

3ª Fase: *Liberdade Condicional* - o condenado recebia liberdade limitada, recebendo certa quantia de restrições a serem seguidas por determinado período de tempo. Se não ocorresse nada que desabonasse a conduta do indivíduo, finalmente lhe seria concedida a liberdade definitiva.⁹⁵

Tal sistema foi considerado um grande sucesso e progresso na evolução da ciência penitenciária da época. Houve grande repercussão desse sistema, sendo até mesmo, Maconochie, seu criador convidado a dirigir outros presídios.

2.4.2 Sistema Irlandês

Os sistemas progressivos, em seus diversos matizes, procuram corresponder ao inato desejo de liberdade dos reclusos, estimulando-lhes a emulação que haverá de conduzi-los à liberdade. E exatamente aí está a grande diferença com os sistemas Pensilvânicos e Auburniano que somente pretendiam disciplinar o regime interior das prisões e a eventual correção dos

⁹³ NEUMAN, Elias. *El Problema Sexual em Lãs Cárceres*. Buenos Aires: Criminalia, 1965, p. 133.

⁹⁴ CUELLO CALON, Egunenio. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1943, p. 314.

⁹⁵ GARRIDO GUSMAN, Luiz. *Compêndio de Ciência Penitenciária*. Valência: Universidad de Valência, 1976, p. 134.

reclusos no transcurso de tempo prefixado na sentença.⁹⁶

Walter Crofton, diretor de uma das prisões na Irlanda, fazendo algumas modificações no modelo Inglês, criou o chamado *Sistema Irlandês*, onde implantou a chamada Fase Intermediária, que se encaixava entre a prisão e a liberdade condicional. Esta fase correspondia a uma prova de aptidão para os reclusos para saber se estariam aptos a vida em sociedade com a liberdade.⁹⁷

Nesse período os detentos eram recolhidos em 'prisões especiais', e o trabalho em comum era executado na parte externa da penitenciária, na maioria deles, em trabalho agrícola, podendo também exercer atividade industrial.

Muitas vezes, viviam em barracas desmontáveis, sendo-lhes concedidas várias vantagens, tais como: poder abandonar os uniformes, não haver castigos corporais, além de poder dispor de parte da remuneração de seu trabalho e conversar com a população livre, sem perder, é claro, sua condição de apenados. “A finalidade altamente moralizadora e humanitária deste regime ficou comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação.”⁹⁸

O sistema irlandês foi adotado em vários países e obteve grande repercussão em razão de sua eficácia.

2.4.3 Sistema de Montesinos

Manuel Montesinos é considerado um dos precursores do sistema humanitário. Como diretor do Presídio de Valência notabilizou-se pelos dotes de liderança disciplinando os detentos, não pela dureza dos

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 84.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 84.

⁹⁸ NEUMAN, Elías. *Evolución de La Pena Privativa de Libertad y Régimnes Carcelarios*. Buenos Aires: Criminalia, 1965, p. 135.

castigos mas pelo exercício de sua autoridade moral.⁹⁹

Procurou dar importância às relações de sentimentos, confiança e estímulo dos reclusos, mantendo-se sempre aberto às atitudes que pudessem, de alguma forma estimular a reforma moral do detento.¹⁰⁰

As idéias principais de Montesinos baseavam-se: no respeito à dignidade do preso - em uma de suas reflexões dizia: convenceram-me enfim de que o mais ineficaz de todos os recursos em um estabelecimento penal, e o mais pernicioso também e mais funesto a seus progressos de moralidade, são os castigos corporais extremos; no fim ressocializador da pena: buscar a recuperação do detento; e na função reabilitadora do trabalho: o trabalho é o melhor instrumento para se conseguir o propósito reabilitador da pena.¹⁰¹

Ainda era contrário ao *regime celular*, alegando que sua função estaria apenas na mortificação do condenado; *admitia a concessão de licenças de saída*, apesar de que na sua época fosse desconhecida a prática institucionalizada das licenças de saída; entendia como benéfica a integração de grupos mais ou menos homogêneos, não via problema em mesclar bons e maus indivíduos com o fim de estimular a modificação.¹⁰²

Montesinos ainda foi o grande precursor da idéia de prática penitenciária que constituiu no antecedente do regime aberto.¹⁰³ Obteve grande êxito em seu sistema, uma vez que ao assumir a direção do presídio de valência a reincidência caiu de 35% para 1% pontos percentuais, sendo que até mesmo em alguns períodos chegou a desaparecer.¹⁰⁴

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 87.

¹⁰⁰ DEL ROSA, Juan. *Sentido Reformador Del Sistema Penitenciario Del Coronel Montesinos*. REP, 1962, p. 72.

¹⁰¹ PIMENTEL, Manuel Pedro. Sistemas penitenciários. *Revista dos Tribunais*. n. 639, 1989, p. 267.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 91.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 91.

2.4.4 Crítica ao Sistema Progressivo

Enrico Ferri elaborou algumas razões pelas quais o sistema progressivo encontrava algumas limitações em sua estruturação. Além disso, defendia que este sistema vinha progressivamente sendo substituído pela 'individualização científica', embora a aplicação de princípios científicos não resolvam todos os problemas que encerram o comportamento delitivo.¹⁰⁵

Dentre as citadas limitações encontram-se: a ilusão da efetividade do regime progressivo no que tange obter resultados de um regime que começa com um controle rigoroso de toda atividade do condenado; o afrouxamento do regime não pode ser admitido como um método social que permita a aquisição de um maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do preso; não é plausível e muito menos em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária; o maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada;¹⁰⁶ e o sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Pela aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua reabilitação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado a prévia manifestação de boa conduta, que inúmeras vezes é apenas aparente.¹⁰⁷

Houve uma profunda mudança no Sistema penitenciário com o advento da crise do sistema progressivo. Realizou-se a transformação no Sistema Penitenciário por um lado na individualização penitenciária (individualização científica), e por outro, a de que a pretensão do regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana (por exemplo, quando se estimula o regime aberto).¹⁰⁸

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 91.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987, p. 66.

¹⁰⁸ NEUMAN, Elias. *Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Régimnes Carcelarios*. Buenos Aires: Criminalia, 1965.p. 155.

2.4.5 O Sistema Progressivo no Brasil

O Brasil adotou, de todos os sistemas mencionados, o assemelhado ao sistema progressivo Inglês, porém contendo algumas peculiaridades especiais, por exemplo, excluindo o uso de vales e marcas. Roberto Lyra membro da comissão revisora do Projeto Alcântara Machado, afirmava com muita propriedade que o Código de 1940 adotou um sistema progressivo e não um sistema progressivo, construindo uma forma especial, flexível e realista, um sistema brasileiro.

Na vigência do citado *codex* apenas os *reclusos* obtinham a progressividade, o que já não acontecia com os *detentos*. A detenção possuía um regime *sui generis*, no qual o condenado não era obrigado a passar por alguns estágios pelo qual era imposto para o recluso. Por exemplo, não enfrentava o isolamento celular inicial, e poderia escolher o trabalho.¹⁰⁹

Para os reclusos o sistema funcionava da seguinte maneira: deveria ficar em observação por parte dos encarregados da terapia penal, em isolamento celular absoluto, por período não superior a três meses. A seguir, passava a trabalhar em comum com outros reclusos, dentro ou fora do presídio, em obras ou serviços públicos, mantendo-se o isolamento noturno. Aboliu-se no sistema brasileiro a regra do silêncio absoluto de Crofton. Era previsto a transferência do condenado para colônia penal ou estabelecimento similar, desde que houvesse bom comportamento e já houvesse cumprido a metade da pena imposta, desde que esta não fosse superior a três anos. Diante disso, os reclusos ficavam na dependência de critérios subjetivos dos diretores e funcionários da penitenciária, muitas vezes sendo prejudicada a transferência, por exemplo, para a saúde mental e recuperação do condenado. Havia a possibilidade da suspensão condicional da pena, nos casos de indivíduos menores de 21 anos e maiores de 70 anos. Finalmente, poderia haver o livramento condicional desde que: satisfeitas as obrigações

¹⁰⁹ MUAkad, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53.

civis resultantes do crime, ausência ou cessação da periculosidade, bom comportamento e tendo sido cumprida mais da metade da pena, se réu primário, e mais de três quartos, o reincidente.¹¹⁰

Ao longo dos anos foi reconhecida a importância da progressão dos regimes no cumprimento da pena. O regime de progressão, finalmente, consagra -se com o Código de 1969. Com ele, ocorreram algumas mudanças fundamentais, tais como: sistema de observação e classificação do condenado, criação de regimes para individualizar a execução da pena de prisão, o trabalho externo para a mulher, remuneração do trabalho a fim de atender os objetivos da própria lei, direito e favores gradativos que passaram a ser reconhecidos formalmente e não em função de regimentos internos dos estabelecimentos fundamentais e alterações do chamado sistema progressivo.¹¹¹

Porém não bastariam somente essas mudanças. Estava claro que o sistema carcerário necessitava novas mudanças no que tange sua legislação. Entre elas, a ânsia de acabar com o isolamento celular inspirou Dostoiévski o sistema celular só atinge um fim enganador, aparente. Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquecendo-lhe a alma, amesquinha-o, aterroriza-o e, no fim, apresentá-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semilouca.¹¹²

Diante de todos esses fatores, opera-se a reforma de 1984 e a criação da Lei de Execuções Penais, ambas valorizando o sistema progressivo anteriormente consagrado, mas vinculando-se ao mérito do condenado.

Também depende de alguns requisitos formais como a realização do exame criminológico quando indispensável, aconselhável ou tendo em vista a melhor individualização da pena, oitiva prévia do Ministério

¹¹⁰ Ibidem, p. 54.

¹¹¹ MUAKAD, Irene Batista, op. cit., p. 57.

¹¹² DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba: Lítero-Técnica, 1980. p. 50-54.

Público e a motivação da decisão pelo juiz encarregado da execução.

Há os que criticam porque não acreditam que essa forma de execução atinja os propósitos que norteiam a atual política criminal, além de reconhecerem um certo abrandamento do sistema, pela maior facilidade em passar-se de um estágio para outro.¹¹³

A tendência moderna é pela pluralidade de sistemas determinada pela classificação científica dos condenados, distribuídos em pequenos estabelecimentos com sistemas próprios, organizados de acordo com a natureza de seus internos.¹¹⁴ No que diz respeito ao sistema brasileiro, entende Cláudio Heleno Fragoso que o sistema está em xeque:

A prisão constitui um sistema de convivência anormal e violento sujeito a pressões intoleráveis. As rebeliões são fatos comuns nas prisões e se devem ao ambiente autoritário e opressivo. O mau comportamento pode ser revelação do caráter e da dignidade do preso e o bom comportamento pode indicar apenas deformação da personalidade, adaptada aos padrões carcerários.¹¹⁵

Apesar de ainda não atender as necessidades, a Lei de Execuções Penais, valorizou a progressividade e as modificações de acordo com algumas preocupações modernas.

2.5 SISTEMA REFORMATÓRIO

Esse sistema busca sua base no sistema progressivo, os reformatórios foram instituições de reeducação concebidas nos Estados Unidos, destinadas inicialmente sobretudo aos adolescentes e jovens adultos infratores. O reformatório de Elmira (1876) serviu de modelo para inúmeros outros, entre os quais os estabelecimentos Borstal, na Grã-Bretanha (1908). Em síntese, o sistema de reformatórios repousa na indeterminação da

¹¹³ MUAHAD, Irene Batista, op. cit., p. 59.

¹¹⁴ MUAHAD, Irene Batista, op. cit., p. 59.

¹¹⁵ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 304.

sentença e na vigilância após o cumprimento da pena, com vistas à correção, educação e readaptação social do condenado.¹¹⁶

Nitidamente superiores em comparação com os sistemas precedentes, os sistemas progressivos contribuíram decisivamente para a melhoria da individualização da execução penal. O Código Penal de 1940 – redação original – adotou o sistema progressivo nos moldes irlandeses, imprimindo-lhe, todavia, significativas modificações. Apenas os condenados a pena de reclusão sujeitavam-se à progressividade, que englobava quatro fases. O recluso, inicialmente, passava por um período de isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses (art. 30, *caput*); em um momento posterior, poderia trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em momento posterior, poderia trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos, fora dele, sujeitando-se a isolamento noturno (arts. 29, §1 e 30, §1º); o recluso de bom procedimento poderia ser transferido para a colônia penal ou estabelecimento similar, desde que cumpridos metade da pena (quando igual ou inferior a três anos) ou um terço desta (se superior a três anos) – artigo 30, § 2; já o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena de reclusão superior a três anos, se atendidos os requisitos do artigo 60. O condenado a pena de detenção, a seu turno, não estava sujeito ao período inicial de isolamento diurno e poderia escolher o trabalho segundo suas aptidões ou suas ocupações anteriores (art. 31, *caput*).

2.6 A EVOLUÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS NO MUNDO

Desde o surgimento das prisões, até fins do século XVIII essa era utilizada como forma de contenção e guarda dos réus, até o momento de serem julgados ou executados.¹¹⁷

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 557.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da violência nas prisões. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 30-32.

Outrora, o aprisionamento só era usado para evitar a fuga dos réus. Não passava, pois, de medida processual, equivalente à atual prisão preventiva. Penas, propriamente ditas, eram a morte, os tremendos castigos corporais, o exílio, os trabalhos forçados.¹¹⁸

Na Idade Média também não era considerada como pena em si mesma, sendo apenas um preparatório da pena propriamente dita e preparada nos moldes aceitáveis pela sociedade da época. Segundo Foucault em seu livro vigiar e punir: história da violência nas prisões, constituía um verdadeiro festival de punições destinadas a infligir aos condenados o máximo de dor possível por meio dos suplícios mais variados.¹¹⁹

Isto posto, e já nessa época havia a prisão destinada à detenção temporária ou perpétua de inimigos do Estado, além da prisão eclesiástica, que era uma forma de punição aos monges e clérigos que cometessem faltas, assim como os hereges e delinqüentes julgados pela jurisdição da Igreja.¹²⁰

Com o advento da idade Moderna e o surgimento das “casas de correção” entre 1550 e 1552, que objetivavam reformar o infrator por meio de disciplina e trabalho foi ocorrendo a conversão gradual da prisão-custódia em prisão-pena.¹²¹

No século XVIII, com a publicação do Livro Dos delitos e das penas, já anteriormente citado, e O Estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales em 1777 pelo inglês John Howard, houve um progresso profundamente favorável nos estudos do Direito Penal.¹²²

John Howard e Cesare Beccaria bradaram contra a vergonha das prisões, procuraram definir a pena como uma utilidade, de maneira que o encarceramento só se justificaria se produzisse algum benefício ao

¹¹⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonade, 1975, p. 53.

¹¹⁹ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 32.

¹²⁰ Ibidem, p. 32.

¹²¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Futuro Alternativo das Prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6-7.

¹²² DOTTI, René Ariel. *Penas Restritivas de Direitos*. Críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

delinqüente e não apenas a retribuição de uma mal por outro mal.¹²³

Em 1819, foi publicada a terceira obra decisiva para a evolução do tratamento penal nas prisões, Teoria das Penas e das Recompensas do inglês Jeremias Betham que apresentou uma nova forma de penitenciária com a separação dos presos por sexo, e dando a devida ênfase a uma alimentação, vestuário, trabalho, limpeza, assistência à saúde e educação adequados, como também ajuda aos liberados.¹²⁴

Foi por meio das idéias de Beccaria, Howard e Bentham que se originaram os Regimes Penitenciários clássicos desenvolvidos de maneira mais concreta a partir do século XIX, embasados em sistemas diferenciados de reeducação.

Havia a idéia de que o transcurso de anos em semelhantes prisões, serviria muito bem para punir os delinqüentes e dissuadi-los de virem a cometer novos delitos; quando, porém, não morriam antes do término da pena, se não vinham a reincidir não era por dissuasão, mas porque estavam fisicamente alquebrados e psiquicamente destruídos.¹²⁵

Entretanto, após inúmeras transformações, a prisão começou a dar mostras de sua fragilidade. Mesmo tendo passado por longo processo de humanização, entrou em acintosa falência nos termos das medidas retributivas e preventivas, demonstrando o descrédito na forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Segundo lição de Cláudio Heleno Fragoso ficou demonstrado o efeito devastador do confinamento sobre a personalidade humana e a contradição insolúvel entre as funções de custódia e de reabilitação.¹²⁶

Mesmo apresentando como sua proposta oficial de finalidade a punição retributiva pelo mal causado pelo criminoso, a prevenção da pratica de novos delitos por meio da intimidação do próprio delinqüente e dos demais

¹²³ Apud OLIVEIRA, Edmundo, op. cit., p. 6.

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, op. cit., p. 132.

¹²⁵ SZNICK, Valdir, op. cit., p. 87.

¹²⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno, op. cit., p. 278.

integrantes da sociedade e inclusive a ressocialização, a pena privativa de liberdade atende com êxito não mais que a primeira delas. Mais que retirar o indivíduo delinqüente do convívio social, ela visa também sua punição, por meio de sofrimentos físicos e psicológicos, além de privações.

Obviamente há aqueles infratores que para a proteção da sociedade e a impossibilidade de sua reinserção no meio social tornam necessário seu isolamento, mas não perfazem a maioria dos que hoje se encontram nas penitenciárias.

Mesmo para as penas mais longas o simples encarceramento também sofre grandes críticas: acostuma o preso ao sistema da cadeia, às suas leis e regulamentos internos, que não são os vigentes no mundo aqui fora. Daí que continuam, mesmo após longos anos de prisão inabilitados para a convivência em sociedade.¹²⁷

A despeito de todas as suas falhas, a prisão é utilizada largamente como pena básica e fundamental nas modernas legislações. Todavia, como fruto de uma revolução do Direito Penal moderno, em contrapartida ao aumento do número de estabelecimentos prisionais hoje existentes, há a proliferação de mecanismos de ressocialização que visam manter a sociedade unificada, como as penas e medidas alternativas, seguindo a tendência das novas leis penais.

O motivo da existência desses novos mecanismos seria tratar o problema referente a como os presos seriam reintegrados ao meio social, se este mesmo o rejeita, fazendo com que sejam confinados à força, assumindo então o delinqüente seu papel de um ser marginalizado, e desenvolvendo ainda mais sua tendência criminosa ao invés de anulá-la.¹²⁸

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da

¹²⁷ SZNICK, Valdir, op. cit., p. 91.

¹²⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena...*, op. cit., p. 142-146.

sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a privativa de liberdade. Passa-se a adotar o conceito de pena necessária de Von Liszt. Bettiol, há mais de quarenta anos, já advertia 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 delinqüente.”¹²⁹

Assim, claro é que, em posição contrária a impunidade, mas causadora de semelhante mal, é a rigidez excessiva nas punições por parte do Estado. Melhor é, segundo Beccaria, o corretivo imediato conjuntamente com “severidade de um juiz inexorável”, ao mesmo tempo que proporcional ao delito praticado e a personalidade do agente praticante.¹³⁰

2.7 AS PENITENCIÁRIAS NO BRASIL

No início da colonização brasileira o sistema penal foi baseado nas Ordenações Afonsinas, repleta de atrocidades no seu Direito Penal e Direito Processual Penal, utilizando-se da prisão como prevenção aprisionava o autor até o seu julgamento. Posteriormente nas Ordenações Manuelinas, que tinham características do Direito Medieval, confundindo religião, moral e direito, utilizava da prisão como repressão pessoal até o julgamento. E finalmente, nas Ordenações Filipinas as penas utilizadas eram baseadas na crueldade e no terror, tendo a pena de morte como punição freqüentemente utilizada, assim como as demais diversas punições desumanas, além da deserção e o confisco.¹³¹

Com a independência do Brasil, iniciava-se o período Imperial.

¹²⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: Análise Político-criminal das alterações da lei n. 9714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

¹³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 87-88.

¹³¹ CANTO, Dilton Ávila. *Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro*. História das prisões. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2). Acesso em: 29 jan. 2009.

Neste período as prisões serviam não apenas como uma maneira de punir o criminoso e proteger a sociedade, mas também como o intuito de ressocialização do condenado. No ano de 1823, José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentaram cada qual um projeto de Código Penal; o apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos sofreu algumas modificações e agregou-se ao Código de 1830, que ainda continha a pena de morte. Entretanto, após a execução de Mota Coqueiro, que de maneira injusta foi condenado, tendo a sua inocência apenas provada depois de ser executado, foi então abolida por D. Pedro II.¹³²

O Código Criminal do império foi aprovado por D. Pedro I, tendo como base a justiça e a igualdade, se inspirando nos Códigos Criminais da Áustria (1803), França (1810), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820) e da Espanha (1822). Tinha como suas características básicas a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução e das penas infamantes, com exceção as de açoites aplicadas aos escravos, aplicando também a privação da liberdade e substituindo as penas corporais.¹³³

Com a República, muitas leis foram divulgadas, e foi também publicado um novo Código pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890, que adotava como linha de princípio o fato da criminalidade não poder ser atenuada por meio de medidas penais de extrema severidade. Apresentava em suas modalidades de penas as seguintes características: prisão celular, reclusão, trabalho obrigatório, prisão disciplinar e a aprovação pecuniária; excluía as penas infamantes, e o tempo de reclusão do condenado não poderia ultrapassar 30 anos, e aboliu a pena de morte.¹³⁴ Entretanto, devido ao grande número de leis extravagantes, além das profundas transformações ocorridas na sociedade e no direito da época, se tornou de convicção geral a

¹³² CANTO, Dilton Ávila. *Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro*. História das prisões. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2). Acesso em: 29 jan. 2009.

¹³³ DOTTE, René Ariel. *Penas Restritivas de Direitos*, op. cit., p. 41-43.

¹³⁴ CANTO, Dilton Ávila, op. cit., acesso em: 29 jan. 2009.

necessidade de sua substituição.¹³⁵

A constituição de 1934 reafirmava a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva. Vedava as penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo. Em relação a pena de morte, era permitida apenas na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.¹³⁶

Com o advento da Revolução de 1937, o Presidente Getúlio Vargas pretendia fazer reformas legislativas, o que resultou no Decreto n. 2.848/40, que passou a vigorar em 1 de janeiro de 1942 como novo Código Penal. Esta dava uma importância maior à figura humana, tendo como suas principais características: a reclusão pelo máximo de 30 anos, detenção, multa, pena e medida de segurança e individualização da pena.¹³⁷

Contudo, a pena privativa de liberdade, em contrapartida aos grandes avanços da legislação em matéria de proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, manteve-se como a mais importante forma de punição do sistema jurídico, não tendo sido implementadas formas mais eficientes de alternativa.¹³⁸

Com o anteprojeto Hungria o Código Penal foi modificado. Este projeto tinha como suas principais penas, as mesmas do Código de 1940, porém, teve algumas características importantes alteradas como: estipulou-se em 40 anos o tempo máximo da pena de reclusão e 20 anos para detenção; a inclusão de um regime de reclusão mais rigoroso; os condenados eram separados e a execução era programada para se obter uma individualizada

¹³⁵ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. Propedêutica penal e norma penal. São Paulo: Saraiva, 1954. v. I. p. 90.

¹³⁶ DOTTI, René Ariel. *Penas Restritivas de Direitos*, op. cit., p. 60. Nesse sentido observe-se que os princípios constitucionais orientam a aplicação das penas e a determinação da proibição de penas que sejam inibidoras da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido ver: SEGATTO, Antonio Carlos. Princípios Constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Penais-Pós Graduação em Direito (UEM)*, Maringá, vol. 5, n. 1, p. 45-62, jan./jul. 2007. Ainda as obras do professor Luis Luisi: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

¹³⁷ DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 62.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 63-66.

ação educacional visando à gradativa recuperação social do condenado (art. 35). No Código Penal de 1969 constava as penas de morte, prisão perpétua e redução das garantias processuais. Esse Código teve uma *vacatio legis* extremamente longa e nem chegou a entrar em vigência.¹³⁹

O adiamento contínuo do início da vigência do Código Penal de 1969 pelo período de oito anos comprometeu o movimento tendente a reformular o sistema de penas e medidas de segurança,¹⁴⁰ aberto com a discussão em torno dos anteprojetos de Código Penal e do Código de Execuções Penais (1963).¹⁴¹

Em 1984 foi feito um anteprojeto para algumas modificações na parte Geral do Código vigente, sendo modificado pela lei 7.209/84, dando ao Código outras características; a exclusão da pena de morte; reclusão para crimes graves e detenção para os mais leves; manutenção dos 30 anos como limite máximo para prisão; e exclusão das penas acessórias. Ainda duas penas patrimoniais, a multa-penitenciária e a multa-reparatória, mas a multa incide no pagamento ao fundo penitenciário tendo o seu valor estipulado na sentença.

¹³⁹ Ibidem, p. 78.

¹⁴⁰ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 175-189, jan./jun. 2004.

¹⁴¹ REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro. Forense, 1985. p. 116.

3 REGIMES PENITENCIÁRIOS, DIREITOS E DEVERES DOS APENADOS

3.1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Os regimes de penas são determinados pelo mérito do condenado e, em sua fase inicial, pela quantidade de pena imposta e pela reincidência. São três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade: regime fechado, com a execução em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto, com a execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto, com a execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado, artigo 33, § 1º do Código Penal.

3.1.1 Regime Fechado

No regime fechado a pena é cumprida em penitenciária, artigo 87 da Lei de Execuções Penais, e o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, artigo 88 da Lei de Execuções Penais. São requisitos básicos da unidade celular: salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; área mínima de seis metros quadrados, artigo 88, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais.

A penitenciária de homens deverá ser construída em local afastado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação, artigo 90 da Lei de Execuções Penais, e a de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado, cuja responsável esteja presa, artigo 89 da Lei de Execuções

Penais.¹⁴²

As regras gerais do regime fechado (art. 34, do Código Penal) consistem, basicamente em: a) o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, esse exame é obrigatório e é realizado pela Comissão Técnica de Classificação; b) o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno; c) o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena; e d) o trabalho externo é admissível, em serviços ou obras públicas. Excepcionalmente é possível também em obras privadas, mas em qualquer hipótese com vigilância.¹⁴³

3.1.2 Regime Semi-Aberto

No regime semi-aberto a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo ser o condenado alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos de salubridade de ambiente exigidos na penitenciária, artigos 91 e 92 da Lei de Execuções Penais. São requisitos básicos das dependências coletivas: seleção adequada de presos; limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos da individualização da pena, artigo 92, parágrafo único da Lei de Execuções Penais.

As vantagens da prisão semi-aberta são o trabalho ao ar livre, nos estabelecimentos semi-abertos, é muito gratificante para o preso, que assim retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social. Devido ao fato de que a maioria dos criminosos provém dos grandes centros

¹⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 255. Sobre o tema ver: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 426 e ss.

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Direito Penal*: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 862.

urbanos, o legislador pátrio optou pela diversidade de estabelecimentos semi-abertos, incluindo os industriais e similares.

Suas regras básicas são: a) exame criminológico de classificação para individualização da execução; esse exame é facultativo (Lei de Execuções Penais, art. 8º, parágrafo único); b) o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) o trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. O trabalho externo em obras públicas ou privadas e sem vigilância; competência: autoridade judiciária.¹⁴⁴

É possível a freqüência a cursos profissionalizantes, de segundo grau ou superior. Sendo ainda que as saídas sem vigilância e trabalho externo, no regime semi-aberto, dependem de comportamento adequado e cumprimento de no mínimo 1/6 (um sexto) da pena (ou 1/4 (um quarto) quando reincidente). Por força da Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.¹⁴⁵

3.1.3 Regime Aberto

No regime aberto, fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, deverá ele, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga na casa do albergado, que deverá conter, além dos aposentos para os presos, lugar adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços e fiscalização e orientação dos condenados, artigo 95 da Lei de Execuções

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 865.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 865.

Penais.

A grande vantagem do sistema é representada na obrigatoriedade de o preso trabalhar, preparando-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, artigo 119 da Lei de Execuções Penais.¹⁴⁶

Em suma as regras do regime aberto são: a) o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado; b) o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O trabalho no regime aberto não dá direito à remição; c) o condenado será transferido do regime aberto (para regime mais rigoroso), se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. A condenação por crime anteriormente praticado, desde que a nova soma torne incompatível o regime aberto, também conduz à regressão (para regime mais severo).

O regime aberto é cumprido em casa do albergado ou estabelecimento adequado. E onde não houver, o condenado passa para o regime domiciliar (entendimento jurisprudencial pacífico). Ainda, as autorizações de saída devem ser: a) permissão de saída (Lei de Execuções Penais, arts.120 e 121) e saída temporária (Lei de Execuções Penais, arts. 122 a 125). A primeira só é possível em situações de urgência (tratamento médico, luto etc.). Vale para todos os regimes. A segunda é exemplo de direito premial (visita à família, saída de natal etc.). A saída temporária exige o cumprimento de um sexto da pena, se primário, ou um quarto, se reincidente (computando-se a pena cumprida no regime fechado, consoante a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça), além de comportamento adequado.¹⁴⁷

¹⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 255.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 865.

3.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado

A Lei n. 10.792/2003 introduz no ordenamento jurídico o *regime disciplinar diferenciado* (art. 53, V, Lei de Execuções Penais) para os presos provisórios e condenados, que pode ser aplicado nas seguintes hipóteses: a) quando a prática de fato previsto como crime doloso ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, *caput*, Lei de Execuções Penais); b) para presos nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1.º, Lei de Execuções Penais); c) para o acusado em que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2.º, Lei de Execuções Penais).¹⁴⁸

Destaca Luiz Flávio Gomes que por força da Lei 10.792/2003, introduziu-se no país o chamado regime disciplinar diferenciado (RDD), que, na verdade, seria uma espécie de regime fechadíssimo. Sucintamente, o RDD nada mais significa que o estabelecimento de regras mais rígidas dentro do regime fechado.¹⁴⁹

O regime disciplinar diferenciado apresenta as seguintes características: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol (art. 52, I, II, III, IV, Lei de Execuções Penais).¹⁵⁰

Os artigos 52, 53, 54, 57, 58 e 60 da Lei de Execuções Penais, a partir do advento da referida Lei n. Lei 10.792/2003, passaram a ter a seguinte redação:

¹⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 863.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 863.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2.º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares: [...] V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. § 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta lei.

Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 10 (dez) dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

A inclusão no regime disciplinar diferenciado será feita por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional e mediante despacho fundamentado do juiz competente (art. 54, Lei de Execuções Penais). A decisão judicial sobre a inclusão do preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, e prolatada no prazo máximo de quinze dias (art. 54, § 2.º, Lei de Execuções Penais). Ressalve-se, contudo, que a autoridade administrativa poderá determinar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente (art. 60, Lei de Execuções Penais); contudo, o tempo de isolamento ou de inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado serão computados no período de cumprimento da sanção disciplinar (art. 60, parágrafo único, Lei de Execuções Penais).¹⁵¹

Ademais, nos termos do artigo 5.º, I, II, e III da Lei n. 10.702/2003, artigo 24, I, Constituição Federal, e observados os artigos 44 a 60 da Lei de Execuções Penais, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado em especial para estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados; assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima; restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação; disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos de ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso; elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção

¹⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

disciplinar.¹⁵²

Destaca ainda Luiz Flávio Gomes pela excepcionalidade da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado nos seguintes termos:

Nos casos excepcionais pode o regime disciplinar diferenciado ser justificado, porém, apenas quando o sentenciado comete fato grave dentro do presídio, colocando em risco a segurança dos demais presos. Mesmo nessa hipótese o juiz deve atuar com muita prudência e respeitar as regras do isolamento já contidas na Lei de Execuções Penais. A duração máxima do RDD prevista na lei é de 360 dias (prorrogável uma vez por igual período), mas é evidente que cabe ao juiz a dosagem correta. Toda pena ou medida só se sustenta quando absolutamente necessária. Deve, ademais, ser sempre proporcional. As previsões do RDD contidas nos §§ 1º e 2º do art. 52 (réu que apresenta alto risco para a segurança ou suspeita de envolvimento em crime organizado) são absolutamente inconstitucionais, porque fundadas no Direito penal de autor, isto é, no Direito penal do inimigo.¹⁵³

O sujeito, nesse caso, é punido severamente não pelo que fez, sim, pelo que é, ou que se suspeita que é. Espera-se que a magistratura tenha equilíbrio também no momento de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

3.1.5 Regime Especial

As mulheres são submetidas a regime especial para a execução da pena privativa de liberdade. Assim, determina o artigo 37 do Código Penal que esta será cumprida em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e as demais regras concernentes às penas privativas de liberdade. Além dos requisitos básicos de cada unidade celular (art. 88, Lei de Execuções Penais), a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

¹⁵³ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 863.

cuja responsável esteja presa (art. 89, Lei de Execuções Penais).¹⁵⁴

Nessa trilha, a Constituição Federal de 1988 assinala que o cumprimento da pena deverá ser feito em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5.º, XLVIII), assegurando-se às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (inc. L).

Demais disso, a Lei n. 9.460/1997, modificando o parágrafo 1.º do artigo 82 da Lei de Execuções Penais, acrescentou que os maiores de sessenta anos – assim como as mulheres – deverão ser recolhidos a estabelecimentos próprios e adequados à sua condição pessoal. O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), ao fixar o marco etário de 60 (sessenta) anos, veio a confirmar a regra constante do § 1.º do art. 82 da Lei de Execuções Penais.¹⁵⁵

3.1.4 Regime Inicial

Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos, artigo 33, § 2º, a do Código Penal. Entende-se que o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade é matéria de direito penal, aplicando-se às regras jurídicas que tratam do assunto os princípios da retroatividade da lei mais benigna e da irretroatividade da lei mais severa.

Podem iniciar o cumprimento em regime semi-aberto os não reincidentes condenados à pena de reclusão superior a quatro anos e não excedentes a oito, artigo 33, § 2º, b, do Código Penal. Devem iniciar o cumprimento em regime semi-aberto os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua quantidade, e os não reincidentes

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 512.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 512.

condenados à pena superior a quatro anos, artigo 33, *caput*, segunda parte, e artigo 33, § 2º, b, do Código Penal. Ainda que reincidente o condenado, diante do artigo 33, *caput*, do Código Penal, não se lhe pode impor inicialmente o regime fechado quando aplicada pena de detenção.

Só podem iniciar o cumprimento da pena em regime aberto os condenados não reincidentes com pena igual ou inferior a quatro anos, artigo 33, § 2º, c do Código Penal.

Na pena de detenção, o Código Penal somente veda o regime inicial fechado, não impedindo que o condenado à pena de detenção submeta-se a tal regime, em virtude de regressão. Na pena de prisão simples, que é aplicada às contravenções penais, também não existe regime inicial fechado, devendo a pena ser cumprida em semi-aberto ou aberto, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, sem rigor penitenciário, artigo 6º da Lei de Contravenção Penal, não podendo, nem mesmo em caso de regressão, passar para o regime fechado. A regressão, no caso de prisão simples, só ocorre do regime aberto para o semi-aberto.¹⁵⁶

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distinto, a determinação de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição, artigo 111 da Lei de Execuções Penais.¹⁵⁷

A opção pelo regime inicial da execução cabe ao juiz da sentença, que além de observar os requisitos já mencionados, não reincidência e quantidade de pena, deve o juiz observar os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, artigo 33, § 3º do Código Penal. Ressalte-se que o regime definido na sentença deve ser rigorosamente obedecido, senão veja-se este julgado do Superior Tribunal de

¹⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 256-257.

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 521.

Justiça:

O regime definido na sentença condenatória deve ser rigorosamente observado pelo Juízo das Execuções Penais e pela Administração Penitenciária, sob pena de incorrer em constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*.¹⁵⁸

A gravidade do delito, por si só não basta para determinar a imposição do regime inicial fechado, sendo imprescindível verificar o conjunto das circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva previstas no artigo 59 do Código Penal.

Quando a sentença for omissa quanto ao regime inicial, a dúvida deve ser resolvida em prol do regime mais benéfico, desde que juridicamente cabível. Por exemplo, se em uma quantidade de pena aplicada, forem possíveis o regime inicial fechado e semi-aberto, a pena deverá ser cumprida neste último, por ser mais brando.

3.1.5 Progressão e Regressão de Regime

Após o início do cumprimento da pena privativa de liberdade segundo o regime fixado na sentença condenatória, permite-se, em razão da adoção, pelo ordenamento, de um sistema progressivo, a transferência do condenado para um regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz. A Lei n. 10.792/2003 suprime um dos requisitos para a progressão do acusado, qual seja o “mérito”, exigindo o cumprimento ao menos de um sexto da pena no regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. No entanto, verifica-se que o artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal não foi objeto de alteração pela nova lei, o que significa sua vigência plena no sentido de que as penas devem ser executadas progressivamente, segundo o *mérito* do condenado.¹⁵⁹

¹⁵⁸ STJ – 6ª T. – RHC 7871 – j. 13.10.1998 – Rel. Vicente Leal – DJU 16.11.1998, p. 122.

¹⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

A sentença penal condenatória, ao transitar em julgado, será imutável apenas enquanto os fatos permanecerem como se encontram. A alteração da situação fática existente ao tempo da condenação faz com que o Juízo da execução promova as necessárias adaptações a fim de adequar a decisão à nova realidade. Assim, o fato de alguém ter recebido um determinado regime de cumprimento da pena não significa, salvo algumas exceções, que tenha de permanecer todo o tempo neste mesmo regime.

O legislador previu a possibilidade de alguém que inicia o cumprimento de sua pena em um regime mais gravoso, fechado ou semi-aberto, obter o direito de passar a uma forma mais branda e menos expiativa de execução. A isso se denomina progressão de regime, que vem a ser a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro mais suave, de cumprimento da pena privativa de liberdade, desde que satisfeitas as exigências legais, que são o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e mérito, em conformidade com o que dispõe o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.¹⁶⁰

Saliente-se que o pedido de progressão de regime deve ser feito ao Juiz da Execução, conforme sedimentado pela jurisprudência, como pode se observar neste julgado do Supremo Tribunal Federal, que ora se transcreve:

Habeas corpus. O pedido de progressão de regime de cumprimento da pena deve ser formulado ao Juiz da Execução, que é a autoridade a que compete examiná-lo originariamente. *Habeas corpus* indeferido.¹⁶¹

Destaca Luiz Regis Prado que:

¹⁶⁰ PRADO. Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 82.

¹⁶¹ STF – 1ª T. – HC 73.231-3/SP – j. 13.231996 – v. u. – Rel. Moreira Alves – DJU 29.3.1996, p. 9.346.

Assim, para a progressão do regime, além do requisito *formal*, objetivamente comprovado (cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior); faz-se necessário ainda, o requisito *material* representado pelo *mérito* do acusado (art. 33, § 2.º, CP), que é objetivamente comprovado pela ostentação de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, além de outros elementos valorados como relevantes para caracterizar o citado mérito. Dessa forma, os referidos artigos não estão numa relação de antinomia, mas sim de complementaridade. Por outro lado, impõe-se uma interpretação teleológica, vale dizer, a finalidade da lei execução penal brasileira que visa a ressocialização do apenado, desde que assegurados os interesses de defesa social, isto é, reafirmação do ordenamento jurídico e fins preventivos (itens 13 e 14, Exposição de Motivos da LEP). O atestado de comportamento carcerário representa um *plus* para aferir o mérito do apenado, ou seja, a fim de se garantir a liberdade individual e a real proteção de bens jurídicos fundamentais, não se pode permitir que o apenado tenha o direito à progressão se não teve um comportamento disciplinar condigno no estabelecimento prisional; com tal exigência garante-se que o acusado somente obtenha a progressão se teve um bom comportamento carcerário, o que antes da modificação da redação do art. 112 da LEP, já estava implícito no conceito de mérito do acusado.¹⁶²

Por outro lado, instituiu-se também a regressão, ou seja, a transferência de um regime para outro mais rigoroso, por exemplo, do aberto para o semi-aberto ou fechado. O artigo 118 da Lei de Execuções Penais estabelece, obrigatoriamente, a regressão para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o sentenciado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime.¹⁶³

Para Luiz Regis Prado:

Ao lado desse sistema progressivo, tem-se também um sistema regressivo, no qual ocorre o inverso, ou seja, o condenado é transferido de um regime para outro, agora mais severo. Permite-se, assim, que aquele que esteja cumprindo a pena privativa de liberdade em regime aberto seja transferido para o regime semi-aberto ou mesmo fechado, ou que o sentenciado a regime semi-aberto passe ao regime fechado. Determina o artigo 118 da LEP que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (cf. art. 50, LEP); b) sofrer condenação, por

¹⁶² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

¹⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 258.

crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.¹⁶⁴

De acordo com o artigo 50 da Lei de Execuções Penais, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: incitar ou participar de movimento que subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidentes de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres referentes à obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e à execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

3.2 EXAME CRIMINOLÓGICO

Em respeito ao princípio da personalidade e da proporcionalidade da pena, é necessário que se faça a classificação dos condenados para a individualização indispensável ao tratamento penitenciário adequado. Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado para sua classificação. O exame criminológico se orientará a fim de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá.¹⁶⁵

Para o professor Luiz Regis Prado:

O exame criminológico exsurge na Lei de Execução Penal como instrumento indispensável ao tratamento penitenciário, destinado a classificar e individualizar a execução, para que sejam fornecidas a cada sentenciado as oportunidades e elementos necessários a fim de se lograr sua reinserção social. Tal exame é *obrigatório* para os condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 8.º, LEP). Logo, deverão aqueles ser submetidos – após o trânsito

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 515.

¹⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 253-254.

em julgado da sentença condenatória e no início do cumprimento da pena – a exame criminológico de classificação para individualização da execução (art. 34, *caput*, CP).¹⁶⁶

Incumbe à Comissão Técnica de Classificação existente em cada estabelecimento penitenciário a feitura do exame criminológico, que não se confunde com o exame de personalidade. Enquanto aquela parte do binômio delito-delinqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, este último (dossiê de personalidade) submete-se a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico”, consistindo em uma espécie de inquérito sobre o agente “para além do crime cometido. Assim, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, a Comissão Técnica de Classificação poderá, inclusive, entrevistar pessoas, requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado, bem como realizar outras diligências e exames necessários (art. 9º, Lei de Execuções Penais).¹⁶⁷

O exame é realizado pela Comissão Técnica de Classificação de cada presídio, que observará a ética profissional, terá sempre presentes peças ou informações do processo e poderá entrevistar pessoas, requisitar de repartições ou estabelecimentos privados dados e informações a respeito do condenado e realizar outras diligências e exames necessários, artigo 9º da Lei de Execuções Penais. O exame criminológico somente será realizado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, já que visa à individualização para a execução da pena.

3.3 DEVERES DOS APENADOS – LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Quando o preso sofre a ação de uma sentença condenatória

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 517.

¹⁶⁷ COIMBRA, Mário. Classificação dos Condenados – Artigos 5º a 9º da LEP. In: PRADO. Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

transitada em julgado, cria-se uma complexa relação jurídica entre o condenado e o Estado, havendo direitos e deveres a ambas as partes. Durante o cumprimento da pena o condenado continua sendo um sujeito de direito, perdendo apenas o direito atingido pela sentença, correspondendo à pena que lhe foi imposta, mas também lhe incumbe certos deveres, que possibilitem uma boa convivência entre a população carcerária e entre esta e a Administração.

O artigo 38 da Lei de Execuções Penais diz que cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena. Inferre-se deste dispositivo que o preso tem o dever de sujeitar-se ao cumprimento da pena de privação de liberdade que lhe foi imposta pelo Estado. Portanto, se tentar fugir, estará descumprindo um dever para com a Administração, constituindo tal ato falta disciplinar grave, segundo o artigo 50 da Lei de Execuções Penais. O de submeter-se ao cumprimento da pena é o dever principal do condenado, tendo de obedecer também às normas de execução penal, previstas na lei ou nos regulamentos internos.¹⁶⁸

Destaca Douglas Bonaldi Maranhão:

Primeiramente cumpre aduzir que cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena (art. 38, LEP). As normas a serem observadas quando do cumprimento da pena representam diretivas que visam um melhor ajustamento da conduta do preso ao longo do processo executório à disciplina exigida no cárcere.¹⁶⁹

O Estado é o sujeito ativo na fase da execução da pena, submetendo o condenado ao cumprimento da mesma e para tanto devem ser bem claros os direitos e deveres do preso, pois ele perdeu alguns direitos que precisavam utilizar-se da liberdade de locomoção e alguns deveres que tinha

¹⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984*, 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 113.

¹⁶⁹ MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Deveres e direitos. Artigos 38 a 43 da LEP. In: PRADO. Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal. Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

antes de ingressar no sistema penitenciário, mas acabou por ter novos direitos e deveres neste novo ambiente em que foi inserido.

O artigo 39 da Lei de Execuções Penais, em seus dez incisos, trata dos deveres do condenado, os quais serão analisados a seguir:¹⁷⁰

No inciso I, existe o dever do comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença. Quanto ao comportamento existem na Lei de Execuções Penais seções especiais tratando da disciplina, das faltas disciplinares, sanções e recompensas, procedimento disciplinar, sem afetar a legislação estadual e os regulamentos internos das penitenciárias. Quanto ao cumprimento fiel da sentença, além do dever de não fugir, podem existir outros deveres decorrentes da sentença, como pagamento de multa, inabilitação para dirigir veículos, entre outros, que também devem ser cumpridos.¹⁷¹

O inciso II diz ser dever do condenado a obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se. O preso deve obedecer todas as ordens legais dos funcionários das penitenciárias, tanto interna, quanto externamente a elas, quando ocorrem transferências, visitas a médicos e outros casos. O preso deve respeitar toda e qualquer pessoa com a qual tiver contato, sejam servidores ou visitantes, sendo que a violação deste dever constitui falta grave.

O inciso III trata do dever de urbanidade e respeito no trato com os demais condenados, tendo o preso que se relacionar de forma harmônica com os demais que se encontram na mesma situação que a sua, pois de uma forma ou de outra irão conviver por determinado tempo e para que seja viável esta convivência, mesmo que não desejada, deve existir o respeito ao próximo, que também faz parte de um aprendizado para quando o interno estiver fora da penitenciária. O descumprimento deste dever, dependendo no que consistir pode ser um ilícito penal ou uma falta disciplinar.

¹⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, op. cit., p. 114-117.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 117.

No inciso IV consta o dever de conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina. Não existe, como já dito, o direito de fuga, pois é um dever do preso o de não fugir, cumprindo a pena e além de não fugir, o legislador prescreveu que o preso deve opor-se aos movimentos de fuga. Descumprir este dever o interno que incita, instiga, planeja a fuga, porta ou esconde objetos que visam facilitar a evasão, mesmo que ela não chegue a acontecer. Quanto aos movimentos de subversão à ordem e à disciplina, o preso também deve ter uma conduta oposta a eles, não participando de atos de rebeldia, de desordem, de vandalismo, que transtornam o ambiente carcerário. A participação nestes movimentos é falta grave, podendo até ser ilícito penal, como o motim de presos, dano a coisa pública. Este dever tem de ser cumprido tanto interna quanto externamente à penitenciária.

O inciso V traz o dever da execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. O condenado tem o dever de executar o trabalho, que também se configura como um direito, porque o preso, por meio do trabalho, pode aprender um ofício ou uma profissão, ocupa o seu tempo, evitando a ociosidade, recebe remuneração e cria o hábito social tão importante para sua futura vida fora da penitenciária, além de beneficiar-se pelo instituto da remição, que a cada três dias de trabalho desconta um dia do tempo de cumprimento da pena, podendo este trabalho ser de faxina, em atividades burocráticas, não importando sua natureza, desde que seja lícito. Elucidativos quanto ao instituto da remição são estes julgados agora transcritos: “Pena – Remição – Trabalho prestado na condição de faxineira – Legislador que não faz distinção quanto à atividade laborativa – Agravo provido”.¹⁷²

Execução Penal – Remição da pena pelo trabalho – Serviços burocráticos prestados junto à administração do estabelecimento – Admissibilidade – Inteligência dos arts. 33, par. ún., e 126, ambos da Lei 7.210, de 11.7.84. “Para fins de remição penal não há qualquer distinção entre a natureza e o exercício do trabalho realizado pelo sentenciado, desde que lícito. Nada impede, portanto, sejam remidos os dias correspondentes à prestação de tarefas burocráticas

¹⁷² TJSP – 5ª C. – RA 161.534-3 – j. 18.8.1994 – v. u. – Rel. Denser de Sá – JTJ-LEX 160/342.

designadas pela administração do estabelecimento e destinadas à manutenção, porque legalmente autorizadas.¹⁷³

Quanto à execução das tarefas e ordens recebidas, esta faz parte também da disciplina, pela qual o preso deve obedecer às ordens recebidas dos funcionários e autoridades competentes, configurando-se a desobediência em falta disciplinar grave, como, por exemplo, a recusa em retornar à cela, a colaborar em qualquer serviço corriqueiro, como transportar alguns materiais.¹⁷⁴

No inciso VI aparece o dever de submissão à sanção disciplinar imposta, que poderá ser, de acordo com o artigo 53 da Lei de Execuções Penais, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela ou em local adequado nos estabelecimentos que possuem alojamento coletivo. A Lei de Execuções Penais regulou, no seu artigo 50, as faltas disciplinares graves, que são as seguintes: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres previstos nos incisos II e IV do artigo 39 desta Lei, deixando para a legislação local regular as leves e médias, sendo que todas as faltas devem ser estipuladas em lei ou regulamento e devidamente processadas.

O artigo 61 do citado Estatuto diz que são consideradas faltas leves as seguintes: atitude de acinte ou desconsideração perante funcionário ou visitas; emprego de linguagem desrespeitosa; apresentar-se de forma irreverente diante do diretor, funcionários, visitantes ou outras pessoas; desatenção em sala de aula ou de trabalho; permutar, penhorar ou dar garantia, objetos de sua propriedade a outro preso, internado ou funcionário; executar, sem autorização, o trabalho de outrem; descuidar da higiene pessoal; descuidar da higiene e conservação do patrimônio do

¹⁷³ TACRIM – SP – 2ª C. – RA 569.211-8 – j. 11.5.1989 – v. u. – Rel. Haroldo Luz – RT 644/300.

¹⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 519.

estabelecimento; dissimular ou alegar doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigações; comprar ou vender, sem autorização, a outros presos, internados ou funcionários; portar ou manter na cela ou alojamento, material de jogos não permitidos; produzir ruídos que perturbem o descanso e as atividades do estabelecimento; procrastinar, discutir cumprimento de ordem, ou recusar o dever de trabalho; responder por outrem a chamada ou revista, ou deixar de responder as chamadas regulamentares; transitar pelo estabelecimento, manter-se em locais não permitidos ou ausentar-se, sem permissão, dos locais de presença obrigatória; proceder de forma grosseira ou discutir com outro preso; sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados; desobedecer os horários regulamentares; descumprir as prescrições médicas; abordar autoridade ou pessoa estranha ao estabelecimento, sem autorização; lavar ou secar roupa em local não permitido; fazer refeições em local e horário não permitido; utilizar-se de local impróprio para satisfação das necessidades fisiológicas; conversar por meio de janela, guichê de cela, setor de trabalho ou local não apropriado; descumprir as normas para visita social ou íntima.

O artigo 62 do Estatuto Penitenciário do Paraná diz que são consideradas faltas médias as seguintes: deixar de acatar as determinações superiores; imputar falsamente fato ofensivo à administração, funcionário, preso ou internado; dificultar averiguação, ocultando fato ou coisa relacionada com a falta de outrem; manter, na cela, objeto não permitido; abandonar, sem permissão, o trabalho; praticar ato libidinoso, obsceno ou gesto indecoroso; causar dano material ao estabelecimento ou a coisa alheia; praticar jogo previamente não permitido; abster-se de alimento como protesto ou rebeldia; utilizar-se de outrem para transportar correspondência ou objeto, sem o conhecimento da administração; provocar, mediante intriga, discórdia entre funcionários, presos ou internados, para satisfazer interesse pessoal ou causar tumulto; colocar outro preso ou internado à sua submissão ou à de grupo em proveito próprio ou alheio; confeccionar, portar ou utilizar chave ou instrumento de segurança do estabelecimento salvo quando autorizado;

utilizar material, ferramenta ou utensílios do estabelecimento em proveito próprio ou alheio, sem autorização; veicular, por meio escrito ou oral, acusação infundada à administração ou ao pessoal penitenciário; desviar material de trabalho, de estudo, de recreação e outros, para local indevido; recusar-se a deixar a cela quando determinado, mantendo-se em atitude de rebeldia; deixar de freqüentar, sem justificativa, as aulas no grau em que esteja matriculado; maltratar animais; alterar ou fazer uso indevido de documentos ou cartões de identificação fornecidos pela administração, para transitar no interior do estabelecimento; praticar fato definido como crime culposos; portar, sem ter em sua guarda, ou fazer uso de bebida com teor alcoólico, ou apresentar-se embriagado.

O condenado tem o dever de acatar prontamente a sanção imposta, configurando a sua recusa em uma nova falta disciplinar, a menos que tenham ocorrido irregularidades no processamento da sanção, podendo então o condenado se opor.

O inciso VII traz o dever de indenização à vítima ou aos seus sucessores. A Administração pode descontar da remuneração pelo trabalho do preso uma parte para atender este dever de indenização, desde que determinada na sentença. Mas, mesmo que o preso não trabalhe, continua tendo o dever de indenizar, se dispuser de recursos.

No inciso VIII surge o dever de indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho, sem que este desconto afete a indenização do inciso anterior, a assistência à família e despesas pessoais, de acordo com o artigo 29, § 1º, letra d, da Lei de Execuções Penais.

O inciso IX trata do dever de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento, até mesmo reforçando a condição da dignidade da pessoa humana, que deve viver em um ambiente limpo, com princípios básicos de higiene, com relação a roupas, ao alojamento. O inciso X fala do dever de

conservar os objetos de uso pessoal, em reforço ao inciso anterior.

3.4 DIREITOS DOS APENADOS – LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

A importância dada aos direitos dos presos vem aumentando com o passar dos tempos, até mesmo sendo reflexo das discussões em torno da defesa dos direitos humanos, melhorando uma situação que especialmente num passado próximo era deprimente, cheia de discriminações e abusos, sem maiores proteções aos encarcerados.

Os direitos ancorados nos incisos V, X e XV poderão, de acordo com o parágrafo único do citado artigo, ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. Demais disso, proclama a Lei de Execução Penal que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Tal assistência abrange múltiplos aspectos (art. 11, Lei de Execuções Penais): a) *assistência material* (fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas ao preso e ao internado – cf. art. 12, LEP); b) *assistência à saúde* (de caráter preventivo e curativo, compreende atendimento médico, farmacêutico e odontológico – art. 14, *caput*, Lei de Execuções Penais); c) *assistência jurídica* (destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado – art. 15, Lei de Execuções Penais); d) *assistência educacional* (compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado – art. 17, Lei de Execuções Penais); e) *assistência social* (tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade – art. 22, Lei de Execuções Penais); e f) *assistência religiosa* (de cunho facultativo, respeitando a liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa – art. 24). Também ao egresso será prestada assistência, que consistirá na

orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade, além da concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses (art. 25, Lei de Execuções Penais).¹⁷⁵

Esse elenco de direitos e garantias do habitante do sistema prisional demonstra, de modo inequívoco, uma preocupação do legislador com a integridade física e moral daquele, assim como uma tentativa de concretização do princípio da humanidade na execução da pena. Atualmente, entende-se que o condenado a uma pena privativa de liberdade mantém todos os direitos não atingidos por esta condenação. Corroborando com este posicionamento transcreve-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ao condenado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença (LEP, art. 3º), sendo de rigor a observância do regime prisional fixado na sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, mesmo na pendência de recurso da defesa. Recurso ordinário provido. *Habeas corpus* concedido.¹⁷⁶

Deve ser respeitada a integridade física e moral, bem como a sua condição de pessoa humana, direitos estes que devem ser garantidos aos presos na duração desta relação que se desenvolve entre o condenado e o Estado, com direitos e deveres para as duas partes, como explicado anteriormente. Ademais, a execução da pena deve aproximar-se o quanto possível das relações que o interno deverá ter quando de volta à sociedade, com o cumprimento de seus deveres e o respeito aos seus direitos.

O artigo 40 da Lei de Execuções Penais impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados, ficando protegidos os direitos fundamentais do homem, a vida, a saúde, a integridade corporal e a dignidade humana, que servem de substrato para o exercício dos demais direitos. São proibidos constitucionalmente os maus-tratos e castigos, que atentam contra a dignidade da pessoa, sua integridade física e moral, podendo constituir a violação deste preceito legal um dos ilícitos penais

¹⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 519.

¹⁷⁶ STJ – 6ª T. – RHC – j. 26.5.1998 – v. u. – Rel. Vicente Leal – DJU 29.6.1998, p. 324 – Bol. IBCCrim 69/278.

previsto na Lei n. 9455/97, que define os crimes de tortura.¹⁷⁷

Pela importância deste artigo neste estudo, faz-se conveniente a sua transcrição. O artigo mencionado faz parte da seção II – DOS DIREITOS – do Capítulo IV – DOS DEVERES, DOS DIREITOS E DA DISCIPLINA – do Título II – DO CONDENADO E DO INTERNADO da LEP.

Art. 41. Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente; Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

O inciso I do artigo 41 diz que o preso tem direito à alimentação suficiente e vestuário e este dispositivo é regulado pelo artigo 12 da Lei de Execuções Penais, que trata da assistência material, que consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos.

O condenado tem direito a receber, a cargo do Estado, nas horas costumeiras, uma alimentação saudável, de boa qualidade, bem preparada, de forma a serem mantidas a sua saúde e subsistência, podendo também os presos receberem comida externa, de seus visitantes. Uma alimentação adequada, além de ser um princípio geral de saúde, mantém satisfeito um desejo natural de todo homem, evitando problemas de

¹⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal...*, op. cit., p. 119.

comportamento, como motins, rebeliões. Além da alimentação comum, em quantidade suficiente e equilibrada, no mínimo em três etapas diárias, café, almoço e jantar, eventualmente são necessárias alimentações especiais para os doentes, conforme prescrição médica, para os idosos e mulheres que estão amamentando.¹⁷⁸

Quanto ao vestuário, se o preso não puder fazer uso de roupas pessoais, tem de receber as roupas que terá de usar, devendo estas ser apropriadas ao clima, ser mantidas limpas, mantendo-o em boa saúde. Quando o preso tem a permissão de saída do estabelecimento, pode utilizar-se de trajes pessoais discretos. Em regra, as penitenciárias devem ter a utilização de uniformes pelos internos, devendo existir o serviço de lavanderia para cuidar das roupas dos presos e até mesmo dos uniformes dos servidores.

O preso tem por dever a higiene pessoal, devendo manter a cela ou alojamento limpo, bem como conservar os objetos de uso pessoal, como visto no artigo 39 da Lei de Execuções Penais. Entretanto, o Estado tem de dar os meios necessários para que os condenados possam cumprir tais deveres, mantendo-se em condições apresentáveis e higiênicas, assegurando a dignidade humana, tendo cuidados periódicos com o cabelo e a barba, recebendo os artigos necessários para a manutenção da saúde e limpeza de seu ambiente celular.

Dispõe o artigo 13 da Lei de Execuções Penais que o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração. As celas, de acordo com o artigo 88 da Lei de Execuções Penais, deverão ser individuais, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo salubridade no ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, com área mínima

¹⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal...*, op. cit., p. 67.

de seis metros quadrados.

As instalações sanitárias devem ser suficientes para atender o preso de acordo com as suas necessidades naturais, quando quiser, devendo os chuveiros ter temperatura adequada ao clima. Como os presos têm dificuldade de adquirir produtos de consumo e uso pessoal, prescreveu o legislador que em cada estabelecimento deve ser mantido um ponto de vendas destes produtos, desde que não sejam proibidos e de que os produtos ou objetos não sejam fornecidos pelo Estado. Todos estes direitos se adequam às Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, no que se refere ao tratamento que deve ser dispensado aos presos.¹⁷⁹

O inciso II do artigo 41 diz que o preso tem direito à atribuição de trabalho e sua remuneração. A Constituição Federal garante o trabalho como um dos direitos sociais em seu artigo 6º. Como o preso não pode exercer o trabalho na sociedade, pois está privado de sua liberdade, o Estado deve atribuir-lhe o trabalho dentro do estabelecimento prisional. O artigo 28 da Lei de Execuções Penais, diz que o trabalho do preso, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva, aplicando-se à sua organização e a seus métodos as garantias de segurança e higiene, não estando sujeito o trabalho do preso ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na atual doutrina penitenciária, a execução da pena serve para possibilitar a reinserção do preso à sociedade, e neste mister o trabalho tem um papel muito relevante, promovendo a readaptação do preso, dando-lhe dignidade, fazendo-se se sentir útil, evitando o ócio, conservando sua personalidade e integridade moral, possibilitando-lhe o aprendizado de um novo ofício, que certamente ser-lhe-á muito útil em sua vida fora da penitenciária, além de lhe trazer uma contraprestação pecuniária, que poderá ajudar até a sua família.

Na Lei de Execuções Penais, o trabalho, tendo em vista sua

¹⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal...*, op. cit., p. 68.

importância, surge como um dever no artigo 39, mas também como um direito no artigo 41, devendo ser viabilizado pelo Estado, em condições que se assemelhem às vividas por quem trabalha de forma similar fora do estabelecimento. O descumprimento do dever de trabalhar do preso constitui falta grave, de acordo com o artigo 50 da Lei de Execuções Penais.

O trabalho penitenciário tem finalidade educativa. Se o preso já tinha o hábito do trabalho quando em liberdade, deverá mantê-lo, se não tinha deverá adquiri-lo gradualmente, com a finalidade de profissionalização, até podendo aprender um ofício, para que possa desempenhá-lo também quando fora da penitenciária, de forma digna e que provenha o seu sustento. O trabalho do preso deve se assemelhar ao máximo com o da vida em liberdade, devendo possuir as condições de higiene e segurança necessárias ao seu desenvolvimento.¹⁸⁰ Segundo o artigo 33 da Lei de Execuções Penais, a jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados.

Destaca Luiz Regis Prado que:

O condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31, LEP) – exceção feita ao condenado por crime político (art. 200, LEP). Dispõe o artigo 39 do Código Penal que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva, sendo aplicáveis à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene (art. 28, *caput* e § 1.º, LEP). A jornada normal de trabalho interno não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados (art. 33, LEP). A remuneração obrigatória do trabalho prisional foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 6.416/1977 e acolhida pela Lei de Execução Penal. Esta dispõe que o trabalho do preso, mesmo não estando sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2.º), será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (art. 29, *caput*). Assim, a obrigatoriedade do trabalho no presídio decorre da falta do pressuposto de liberdade, pois, em contrário, poder-se-ia considerar a sua prestação como manifestação de um *trabalho livre*,

¹⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal...*, op. cit., p. 91.

que conduziria à sua inclusão no ordenamento jurídico trabalhista.¹⁸¹

Todo estabelecimento prisional onde não haja o trabalho se torna uma fábrica de vícios e perversão, não sendo possível ressocializar cidadãos que ficam entregues à ociosidade, passando os dias de braços cruzados ou dormindo, sem o caráter educativo do trabalho. Porém, o trabalho deve ser orientado por um órgão técnico responsável pela sua observação e estudo, de acordo com as aptidões do preso e trazendo também um benefício econômico para o Estado, diminuindo os gastos com a execução da pena.¹⁸²

O inciso III do artigo 41 da Lei de Execuções Penais, bem como o artigo 39 do Código Penal trazem o direito à previdência social. Como o trabalho é um dever do preso, devendo assemelhar-se ao trabalho livre, com o fim da reinserção social, o condenado deve gozar dos benefícios da previdência social, inclusive os derivados do acidente de trabalho. O preso deve ser indenizado pelo acidente ocasionado pelo trabalho, tendo aumentadas suas reservas econômicas para quando estiver fora da penitenciária.

O inciso IV do artigo 41 prescreve o direito à constituição de pecúlio. O Estado prevê a destinação da remuneração do preso pelo trabalho. No artigo 29 da Lei de Execuções Penais, em seu § 1º, diz que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: à indenização dos danos causado pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência da família; a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Em seu § 2º, o artigo 29 apregoa que ressalvadas outras

¹⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 519.

¹⁸² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 237.

aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição de pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade. Depois de atendidas todas as destinações previstas no § 1º do artigo 29 da Lei de Execuções Penais, a quantia do salário que restar será depositada para a constituição do pecúlio, que servirá para o condenado se manter no período inicial de sua liberdade, até conseguir um emprego, readaptando-se na sociedade.

No inciso V está previsto que o preso tem direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação. O trabalho, como sendo um dever do preso, também causa cansaço e fadiga, física ou psíquica, decorrentes de sua intensidade e do tipo de trabalho desenvolvido. O período de repouso é necessário, não se caracterizando como ociosidade, como não ter nada o que fazer, mas sendo um tempo de descanso, um tempo para um sono de qualidade, para que o preso possa recuperar suas forças para o próximo dia de trabalho, porque se continuasse trabalhando ininterruptamente por muitas horas seguidas, tanto a produtividade iria cair como o trabalhador nesta condição ficaria suscetível de sofrer acidentes no trabalho. Além disso, como o trabalho do preso deve assemelhar-se ao da pessoa livre, deve ser garantido a ele o período do repouso, bem como também o descanso nos domingos e feriados, como assegurados aos trabalhadores livres.

Mesmo o preso tendo parte do seu dia ocupado com a jornada de trabalho, que não pode ser inferior a seis nem superior a oito horas, conforme o artigo 33 da Lei de Execuções Penais, restam várias horas do dia que se não forem ocupadas adequadamente, servirão somente ao ócio, que produz inúmeros vícios, como preguiça, desocupação, jogo, entre outros. Devem então ser ocupadas estas horas livres com a recreação do preso, com o lazer-distração, que consiste em atividades que causam um cansaço adequado, que colaboram com a qualidade do sono, sendo que esta recreação não se realiza coercitivamente, não podendo criar tensões, mas

sim aliviá-las na população carcerária.¹⁸³

Considerando as formas de recreação as que são mais usuais e até mesmo mais eficientes são as modalidades esportivas como futebol, vôlei, basquete, assim bem como a ginástica, dentre outras atividades que sirvam para manter a saúde física e psíquica dos encarcerados, colaborando com a elevação da pessoa do preso, desenvolvendo características individuais e sociais como a lealdade, espírito de equipe, enfim, sendo um princípio geral de saúde.

No cotidiano dos condenados, as atividades são todas executadas quase que mecanicamente, sem exigir maiores esforços de iniciativa, criatividade, imaginação. Por exemplo, o preso não precisa se preocupar para conseguir ou se manter no trabalho como um trabalhador livre, que tem que sempre chegar no horário, apresentar produtividade, ser inovador. Este fato vai levando o preso a uma automatização, degenerando seu senso de responsabilidade, sua capacidade de iniciativa, que vão lhe fazer muita falta quando em liberdade, na busca da readaptação social, podendo ser um fator que colabore para a reincidência. Para evitar esta situação apresentada muito importante vem a ser o papel dos lazeres, das atividades recreativas, que exercitam a iniciativa, a vontade de alcançar objetivos, a dedicação, o senso de responsabilidade, até mesmo porque estas atividades, via de regra, são desenvolvidas voluntariamente, onde acaba ocorrendo também um alívio do clima tenso por natureza vivido em uma penitenciária.¹⁸⁴

Está prescrito no inciso VI do artigo em estudo o direito ao exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. De acordo com as Regras Mínimas da ONU, previu o legislador a organização de atividades recreativas e culturais para o bem estar físico e mental do preso. Deve ser

¹⁸³ MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. p. 504.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 505.

ocupado o tempo do condenado, não só com atividades esportivas, mas também de cunho profissional, intelectual e artístico. Alguns exemplos de outros países podem ser citados, como a criação de um grupo de teatro, imprensa com publicações específicas para os presos, serviços de rádio. Todas estas, bem como outras atividades congêneres são importantes para que o preso mantenha seus aspectos interiores, podendo mostrar e porque não desenvolver suas aptidões pessoais, liberando sua imaginação para fins benéficos, descarregando suas cargas emocionais, mantendo um equilíbrio necessário para a convivência dentro do estabelecimento em que se encontra.¹⁸⁵

Com relação à assistência à saúde do preso, o artigo 14 da Lei de Execuções Penais dispõe que ela terá caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, dizendo em seu § 2º que quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, até mesmo na residência do preso, em casos excepcionais, mediante autorização da direção do estabelecimento, entendimento esposado por este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A lei processual penal garante ao preso toda a assistência de caráter preventivo e curativo, tanto médico e farmacêutico como odontológico. Sendo-lhe garantida a remoção para um hospital penitenciário, e não sendo possível sua internação por falta de condições, cabe ao condenado provar a ausência de qualquer outro estabelecimento símile ou que o regime domiciliar pleiteado seja a melhor opção médica.¹⁸⁶

O condenado, como qualquer indivíduo, está sujeito a adquirir alguma doença, que pode ser anterior ou posterior ao encarceramento, podendo se desenvolver a doença prévia no cárcere ou ser adquirida nele, em virtude até do contato inicial com o estabelecimento, que sempre é traumático psicologicamente falando, com a possibilidade de ocasionar estados de

¹⁸⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal...*, op. cit., p. 123.

¹⁸⁶ STJ – 5ª T. – HC 5.405 – j. 24.3.1997 – Rel. Édson Vidigal – DJU 1.9.1997, p. 40.850.

perturbação psíquica que podem até torná-lo um doente mental, em decorrência de uma doença conhecida como psicose carcerária, provocada pelas próprias condições carcerárias, que são opressivas e tensas. As deficiências vividas no sistema prisional, como as alimentares, higiênicas, familiares, afetivas, sexuais, de trabalho, podem ocasionar um sem número de patologias no condenado. As Regras Mínimas da ONU preconizam que todo estabelecimento penitenciário deve dispor dos serviços de, pelo menos, um médico, com conhecimento de psiquiatria e que os serviços médicos oferecidos aos presos devem ter sua organização e administração conforme os serviços médicos dispensados à população livre.¹⁸⁷

A assistência médica terá cunho preventivo, com medidas de profilaxia, como o exame médico que deve ser efetuado no preso quando ingressa no sistema prisional, bem como a verificação de condições de higiene, de alimentação, das atividades esportivas, devendo as irregularidades ser comunicadas ao diretor do estabelecimento e terá também cunho curativo, com o tratamento médico dispensado aos presos sempre que tiverem esta necessidade no decorrer do cumprimento da pena, adotando as medidas necessárias para a manutenção da saúde dos internos.

Os médicos devem evidenciar a necessidade da separação de presos com doenças contagiosas, avaliar a capacidade física do preso para o trabalho, visitar diariamente os presos doentes. Se for comprovada a superveniência de doença mental no condenado, o médico deverá comunicar à autoridade competente para que aquele seja recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo convertida a pena em medida de segurança.

Em todo estabelecimento penal deve estar organizado um serviço de material, aparelhagem e produtos farmacêuticos, a fim de que seja dispensado aos presos o tratamento adequado quanto aos serviços de farmácia e de odontologia. Para a prestação desta assistência à saúde ora

¹⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 69.

analisada, vem a ser indispensável que existam no estabelecimento instalações médico-sanitárias onde possam ser executados os atendimentos preventivos e curativos. Deve existir uma enfermaria, com número suficiente de leitos, com materiais e instrumentos adequados, com produtos farmacêuticos básicos para curas de urgência e tratamento odontológico. Devem existir dependências especiais para observações psiquiátricas, de toxicômanos e de presos com doenças infecto-contagiosas.¹⁸⁸

O artigo 14 da Lei de Execuções Penais, em seu § 2º, permite que, se o estabelecimento não apresente estrutura adequada para a prestação da assistência médica necessária, esta seja prestada em outro local que apresente condições, mediante autorização da direção do estabelecimento, sem precisar de autorização do juiz, levando-se em conta muitas vezes a urgência da necessidade de saída do estabelecimento, que deve ser apontada pelo médico. O preso também, se quiser, pode exercer o direito de contratar médico de confiança pessoal, de acordo com o artigo 43 da Lei de Execuções Penais.

Entretanto, segundo Renato Flávio Marcão, a realidade que se apresenta é bem diferente da normatização legal, porque os estabelecimentos penais não têm equipamentos e pessoal apropriados para os atendimentos médico, farmacêutico e odontológico, restando então a utilização do § 2º do artigo 14, acima citado. A rede pública de saúde também não dispõe das condições adequadas para suprir as necessidades da população livre, que tem o direito à assistência do Estado, que não conseguiu ainda efetivar estes direitos nem mesmo aos pagadores de impostos.¹⁸⁹

O artigo 15 da Lei de Execuções Penais prescreve que a assistência jurídica é destinada aos presos sem recursos financeiros para constituir advogado. Esta assistência vem a ser de suma importância, porque os presos, na sua grande maioria não têm recursos para constituir um advogado, que poderá intervir na ação penal em andamento, tentando uma

¹⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 71.

¹⁸⁹ MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19.

absolvição, ou se já houver o trânsito em julgado da sentença, propor a apelação, bem como zelar pelos direitos dos presos na fase da execução da pena.

O preso, em regra, não se conforma com a condenação ou com a quantidade de pena imposta. Se ele não tiver condições de buscar algum direito que se julga possuidor, como, por exemplo, uma minoração na pena, não tendo perspectiva de quando sairá da prisão, sem ter ninguém que se preocupe com a observação dos benefícios penais que venha a ter direito no transcorrer do tempo, certamente este será mais um fator que contribuirá para problemas de comportamento, interferindo negativamente na disciplina do estabelecimento. Por isso, o Estado deve propiciar a defesa dos presos. Inclusive a Constituição Federal, em seu artigo 134, instituiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

Um advogado, que preste assistência jurídica nos estabelecimentos prisionais poderá ajudar numa correta execução da pena, reparar erros judiciários, conservar a disciplina entre a população carcerária, atendendo aos seus anseios. Pode buscar os benefícios legais e regulamentares a que os presos já tenham direito, como progressão de regime, livramento condicional, aplicação de lei nova mais benéfica, bem como ajudar nas reivindicações feitas à direção do presídio. Enfim, colaborará em muito com um adequado cumprimento da execução da pena.

O artigo 16 da Lei de Execuções Penais diz que as unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais. Mas, de acordo com Mirabete, este atendimento dispensado aos condenados no Brasil deixa muito a desejar, se limitando apenas ao acompanhamento da fase puramente judicial, não se preocupando com a situação do preso frente à direção do presídio, não atuando continuamente nos estabelecimentos. Seria indispensável que fosse

instalada a assistência jurídica em todos os presídios, como determina o artigo 16. A Lei Complementar nº 80, de 12-1-94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, diz em seu artigo 4º, VIII, que é função institucional das defensorias atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.¹⁹⁰

A assistência jurídica, que muitas vezes não é observada, é de fundamental importância no decorrer da execução da pena. Além disso, sua falta no processo de execução constitui-se em flagrante violação do princípio da ampla defesa, que também deve ser observado durante o cumprimento da pena.¹⁹¹

O artigo 17 da Lei de Execuções Penais disciplina que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso. A educação talvez seja a prestação a ser dada ao preso que mais o ajude durante o tratamento penitenciário na busca de uma futura reinserção social. A Constituição Federal em seu artigo 205, diz que a educação é direito de todos e dever do Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, garantindo também, em seu artigo 208, I, o ensino fundamental obrigatório e gratuito, sendo este um direito público subjetivo. Não só a instrução, que é um dos elementos da educação, mas a própria educação é um direito de todos, sem qualquer limitação de idade. Assim, pois, qualquer pessoa, não importando a idade e nem sua condição jurídica, terá direito a receber educação, desde que seja dela carente qualitativa ou quantitativamente.¹⁹²

O artigo 18 da Lei de Execuções Penais diz que o ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa. Nas Regras Mínimas da ONU consta que a instrução aos analfabetos e aos reclusos jovens será obrigatória e a ela deve a

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 74.

¹⁹¹ MARCÃO, Renato Flávio, op. cit., p. 21.

¹⁹² MIOTTO, Armida Bergamini. v. 2, op. cit., p. 403.

Administração prestar particular atenção, considerando que a ação educativa deve coordenar-se com a instrução pública, para que quando em liberdade o preso possa continuar seus estudos. É obrigação do Estado propiciar o ensino de 1º grau, com a denominação atual de ensino fundamental, aos presos que dela precisem, sendo necessário que nos estabelecimentos penais haja escola ou um local adequado para as atividades educativas, ou que sejam firmados convênios com escolas públicas ou particulares, nos termos do artigo 20 da Lei de Execuções Penais. O ensino deve ser ministrado por pessoas com capacitação técnica e nos moldes do ensino prestado à população livre, tendo o mesmo valor do ensino ministrado nas outras escolas, possibilitando que o preso conclua os estudos quando em liberdade, ou se já o fez na prisão, possa ingressar no ensino médio.¹⁹³

Prescreve o artigo 19 da Lei de Execuções Penais que o ensino profissional, este facultativo, será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Esta habilitação profissional atinge uma das finalidades utilitárias da pena, visando facilitar a reinserção do condenado no convívio social, a fim de que ele não volte a delinquir. Se houver um número adequado de presos que tenham condições de receber o ensino profissionalizante, o estabelecimento deverá manter uma escola que vise esta formação, levando-se em conta as aptidões do condenado, inquirindo se ele deve ser iniciado, por não possuir nenhum conhecimento técnico na área, ou se devem ser aperfeiçoados seus conhecimentos já existentes.¹⁹⁴

De acordo ainda com o artigo 21 da Lei de Execuções Penais, cada estabelecimento prisional deverá ter uma biblioteca, com livros instrutivos, recreativos e didáticos, para uso de todos os presos. A biblioteca, além de ajudar na educação pode servir também como lazer para os que desenvolveram o gosto pela leitura, certamente ajudando sobremaneira o condenado a compreender melhor o mundo, colaborando com sua futura volta à sociedade.

¹⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, op. cit., p. 76.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 77.

De acordo com o artigo 22 da Lei de Execuções Penais, a assistência social tem por finalidade amparar o preso e prepará-lo para o retorno à liberdade. O serviço social vem a ser a aplicação de conhecimentos voltados ao bem estar do homem, ajudando-o a resolver os problemas, que lhe causam desconforto ou infelicidade. Todo homem precisa de ajuda neste sentido, muito mais o preso, que por se encontrar privado da liberdade, geralmente, acumula mais frustrações, insatisfações que o homem livre.

O serviço social penitenciário se reveste de algumas peculiaridades, porque os seus clientes, os presos, vivem numa situação jurídica específica, a do condenado por uma sentença transitada em julgado. Dessa situação decorrem direitos e deveres, tanto para o preso quanto para o Estado, o que deve ser entendido pelos assistentes sociais, que devem ter também boas noções sobre a pena, suas funções e finalidades, sobre a sentença condenatória e seus efeitos, sobre os direitos e deveres dos presos, para que possam dar um atendimento especializado.¹⁹⁵

Por esta necessidade, o serviço social deve ser prestado oficialmente, com pessoal capacitado para este mister. O artigo 10 da Lei de Execuções Penais diz que a assistência ao preso é dever do Estado. A assistência social deve dar o atendimento individual ao preso, mas se conveniente também dispensar o auxílio comunitário, a ser prestado nos moldes dos artigos 80 e 81 da Lei de Execuções Penais, que tratam da obrigatoriedade da criação do Conselho da Comunidade em cada comarca, para que façam visitas aos estabelecimentos prisionais, entrevistem os presos, apresentem relatórios ao juiz da execução, envidando esforços para obtenção de recursos que possibilitem uma melhor assistência.

O artigo 23 da Lei de Execuções Penais retrata as incumbências do serviço de assistência social, que é imprescindível fator de contribuição para a reinserção do preso à sociedade, porque o serviço social deve acompanhar o condenado durante todo o período de seu recolhimento,

¹⁹⁵ MIOTTO, Armida Bergamini. v. 2, op. cit., p. 433.

investigando sua vida, ajudando na manutenção dos laços familiares. O inciso I do artigo 23 traz a incumbência de conhecer os resultados dos diagnósticos e exames. O assistente social deve conhecer a personalidade do preso, sabendo do ambiente de onde proveio, seus possíveis problemas particulares, familiares, sociais, para que possa ajudá-lo melhor, sempre na busca de favorecer a reinserção social.

No inciso II do artigo 23 consta a incumbência de relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentados pelo assistido, dando subsídios para a direção poder pautar suas posições, buscando uma adequada individualização da pena, tentando amenizar ou diminuir os problemas existentes. O inciso III do artigo 23 diz que incumbe ao serviço social acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias, sendo que estes momentos quando o preso sai do estabelecimento por qualquer motivo, a oportunidade da fuga se torna maior, sendo importante para perceber se ele está realmente melhorando com o trabalho social que vem sendo desenvolvido.¹⁹⁶

Pelo inciso V, deve o serviço social promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade. Conforme vai se aproximando da liberdade, embora venha a satisfação de um enorme desejo, é certo que o assistido vai passar por situações difíceis, como arrumar um lugar para onde ir, arrumar um serviço para se manter ou para prover a família também, vencer os obstáculos para uma readaptação à sociedade, da qual esteve separado pelo tempo que passou no presídio. Então cabe ao serviço social prepará-lo para estas adversidades, orientando-o e tentando facilitar os contatos com a família, de forma a ajudar o liberando a se reinserir na sociedade.

O inciso VI do artigo 23 diz que incumbe ao serviço social providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da previdência social e do seguro por acidente do trabalho. Muitas vezes, a falta de alguns

¹⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 81.

documentos impede a colocação em um emprego, como o documento de identidade, a carteira de trabalho, título de eleitor. Então deve ser dado este acompanhamento, bem como dar andamento a pedidos de benefícios da previdência social e do seguro por acidente do trabalho.

O inciso VII do artigo 23 traz o dever da assistência social orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima. A família do preso sempre sofrerá conseqüências indiretas desta prisão, em menor ou maior grau, se o condenado era quem mantinha o sustento da família, cabendo ao serviço social tentar ajudar aos membros familiares, até tentando conseguir trabalho para esposa e filhos, para que não se dissolvam e possam continuar seu caminho, também ajudando aquele que se encontra na penitenciária. A assistência à família do preso não se restringe somente às ajudas materiais, mas também deve ser prestada assistência de caráter moral, social, religioso ou quaisquer situações aflitivas decorrentes da condenação. A família da vítima também mereceu amparo legal, sendo digna de receber o apoio da assistência social, pelos problemas que passa e pelos traumas que ficam em decorrência do cometimento do delito contra um membro seu.

O artigo 24 da Lei de Execuções Penais dita que a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados do estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa, dizendo ainda que no estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos e que nenhum preso poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Todo homem tem necessidades espirituais, porque é um ser ético. Se tiver este entendimento, poderá satisfazê-las e o Estado deve propiciar isto, oportunizando o atendimento religioso.¹⁹⁷ Esta assistência contribui sobremaneira no comportamento do homem tanto encarcerado quanto livre, operando uma transformação em sua vida, com mudança de

¹⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 83.

valores, de hábitos, o que certamente vai ajudá-lo neste processo de tratamento por que passa e pela posterior necessidade da readaptação ao meio social.

Deve ser permitido ao preso que tenha seus livros de instrução religiosa, que possa praticar a religião com a qual se identifique, podendo participar dos eventos religiosos organizados dentro do estabelecimento. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, VI, tutela a plena liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

A assistência religiosa pode estar a cargo de um corpo de capelães, de sacerdotes ou párocos das diversas religiões, devendo ter a celebração de missas, cultos, leituras da bíblia, eventos estes que devem ocorrer em locais adequados. Deve existir também o atendimento pessoal, orientando especificamente cada preso em suas dificuldades, sendo que o serviço de assistência religiosa deve ser organizado pelo próprio estabelecimento, de forma a manter também uma continuidade, tanto das pessoas que prestam a assistência, quanto do trabalho propriamente dito. Ressalte-se que o condenado tem total liberdade de querer participar ou não dos eventos religiosos, de querer professar esta ou aquela determinada crença, não podendo lhe ser imposta qualquer atividade religiosa, conforme a Constituição Federal.

O inciso VIII do artigo 41 retrata o direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo. O sensacionalismo que se presencia atualmente, ocasionado por certos meios de comunicação de massa, como televisão, rádio, jornais, revistas, vem a ser extremamente prejudicial para o preso e conseqüentemente para a sociedade, que um dia vai receber este preso de volta. Notícias que não visam simplesmente à informação, mas buscam escandalizar, explorar, em tom espalhafatoso, a vida íntima do preso, atraindo sobre ele as atenções da comunidade, dificultam em muito a sua ressocialização após o cumprimento da pena, causando transtornos

psicológicos indesejáveis no condenado. Por isso, segundo o artigo 41, inciso VIII, é proibida aos integrantes dos órgãos de execução penal, divulgar qualquer ocorrência que exponha o preso a inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena.¹⁹⁸

O direito insculpido no inciso IX do artigo 41 é o da entrevista pessoal e reservada com o advogado, que está em consonância com diversos outros dispositivos legais. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso III, prevê como direito do advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando se achem presos. A Constituição Federal garante o direito à ampla defesa, em seu artigo 5º, inciso LV, direito este que não poderia ser exercido se não se permitisse a livre entrevista do preso com seu advogado. O relacionamento do condenado com o advogado é essencial para uma adequada execução da pena, com o zelo pelos direitos do recluso. Assim sendo, deve ser facilitado este contato, que deve se realizar em um local apropriado e digno no estabelecimento prisional. Não é necessário que o advogado que vai se comunicar com o preso, já esteja constituído como seu defensor, pois o preso poderá se decidir durante as tratativas.¹⁹⁹

No inciso X do artigo em análise consta o direito do preso à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Essencial para o regime penitenciário é o fato de que o preso continue a se relacionar com pessoas de fora do estabelecimento prisional, principalmente com seus familiares, porque o contato com estes, desde que querido por ambas as partes, ajuda em muito no processo de ressocialização do preso, que se sente estimado pela família, que vai lhe receber quando em liberdade. Porém, devem ser adotadas certas cautelas quanto às visitas, como a busca pessoal nos visitantes e a vistoria dos materiais que o acompanham, como bolsas, alimentos, roupas, a fim de evitar a entrada de produtos proibidos no presídio, como armas, drogas etc.

¹⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 123-124.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 124.

Ponto de grande relevância no sistema penitenciário atualmente é o da visita conjugal, sexual ou íntima ao preso. Vem a ser natural que qualquer ser humano adulto saudável tenha os desejos sexuais, que se não satisfeitos podem levar a comportamentos desajustados da pessoa, que se irrita facilmente, favorecendo um desequilíbrio por parte dos presos, que pode os levar ao homossexualismo, à violência sexual para a satisfação destes desejos reprimidos, contribuindo para um aumento de problemas dentro do estabelecimento.

Então, embora não seja expresso no inciso em questão o direito do preso à visita íntima, vem a ser de bom senso que seja permitida a mesma, com um mínimo de privacidade e conforto, higiene, em um local adequado, como em um pavilhão separado, por exemplo, de forma que não atente contra a moral ou a dignidade da pessoa humana, afinal, a sentença penal condenatória tirou apenas a liberdade do preso, e não o direito ao contato íntimo ou o de satisfazer as necessidades humanas.

Tem-se entendido que deve ser permitida somente a visita íntima do cônjuge ou da companheira, quando há uma relação amorosa estável, não sendo tolerada a visita de prostitutas, evitando casos de infecções venéreas. A Resolução nº 1, de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais que seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos.²⁰⁰

O inciso XII do artigo em questão traz o direito do preso à igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena. A individualização da pena serve para dar um tratamento especializado para cada preso, levando-se em conta suas características pessoais, sua personalidade, grau de periculosidade, dentre outros fatores que contribuam para uma adequada execução da pena. Entretanto, nesta individualização não pode haver discriminações de qualquer ordem, como racial, política, social ou

²⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 126.

religiosa. Os presos devem ser tratados de forma igualitária e todos eles devem ter os mesmos direitos e deveres.

O inciso XIII do artigo em tela diz que o preso tem direito à audiência especial com o diretor do estabelecimento. Este contato com o diretor do presídio, que pode se dar em qualquer dia da semana, é salutar, primeiro porque ouvindo as reclamações ou comunicações dos presos o diretor conhecerá melhor a realidade interna do estabelecimento que dirige e em segundo porque com estas informações, somadas às repassadas pelos funcionários terá concretos subsídios para fundamentar suas decisões, enquanto direção do presídio. Além disso, o condenado vê atendidos alguns de seus anseios, como o de repassar informações que julgue necessárias ou fazer pedidos e reclamações, na busca de um melhor tratamento penal.

O inciso XIV do artigo 41 traz o direito do preso de representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito. O preso tem direito de peticionar junto a qualquer autoridade, especialmente ao juiz, que pode exercer um controle sobre os atos da administração penitenciária, em prol de uma adequada execução penal. Os próprios presos elaboram petições de “habeas corpus”, de pedidos de revisão ou de benefícios, em complemento até da assistência jurídica, sendo que todas as decisões sobre estes pedidos devem ser fundamentadas, pela autoridade judiciária. Este direito tem embasamento constitucional, sendo assegurado a qualquer pessoa o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, como disposto no artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal.

O inciso XV do artigo em estudo diz que é direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Como o preso está num processo que deve o levar à reinserção social, é importante que ele não se sinta totalmente alijado da sociedade, tendo o direito de saber o que está acontecendo fora do presídio, na sua

família, na sociedade, na política etc.

O preso pode se comunicar com o exterior por meio de cartas para seus familiares, amigos e pode receber informações por meio da televisão, rádio, jornais, revistas. A parte final do inciso XV, quando diz informações que não comprometam a moral e os bons costumes, tornou-se inconstitucional, pois a Constituição não restringe o direito de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação, conforme o artigo 5º, XII. Entretanto, cumpre salientar que a administração penitenciária, deve, excepcionalmente, interceptar as correspondências dos presos, desde que suspeitem de que aquelas possam estar servindo para a organização de uma rebelião, por exemplo, ou para práticas ilícitas de forma geral, porque este direito do condenado não pode afetar a liberdade dos outros, afetando a ordem pública.²⁰¹ Neste sentido já existem julgados no Supremo Tribunal Federal²⁰², como este a seguir exposto:

Prova – Documento – Carta de presidiário interceptada pela administração penitenciária – Possibilidade excepcional e desde que respeitada a norma do art. 41, par. ún., da Lei 7.210/84 – Inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, par. ún., da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”²⁰³

A Lei n. 10.713, de 2003, acrescentou o inciso XVI no artigo 41, prescrevendo ser direito do preso o recebimento do atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. O preso tem direito de ser informado sobre todas as

²⁰¹ A segurança pública é uma questão muito discutida, tanto pela mídia como pelas autoridades e cientistas do Direito. Nesse sentido ver: TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 127-142, jan./jun. 2004.

²⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso...*, op. cit., p. 129-130.

²⁰³ STF – 1ª T. – HC 70.814-5/SP – j. 1.3.1994 – v. u. – Rel. Celso de Mello – DJU 24.6.1994, p. 16.649; RT 709/418.

decisões que modifiquem a pena que ele cumpre. Pode requerer certidão relativa a exata situação da pena a cumprir, inclusive quanto ao tempo restante. O inciso em questão garante ao condenado receber anualmente um atestado de pena a cumprir, expedido pelo juiz da execução, independente de requerimento. No final do artigo 41 encontra-se o parágrafo único, que diz que os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Ressalte-se que estes direitos garantidos pelo artigo 41 da Lei de Execuções Penais não são exaustivos, pois existem outros direitos previstos na própria Lei de Execuções Penais, em outras legislações, na Constituição Federal. Esses direitos expostos naquilo que for compatível, podem ser outorgados também ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, tendo em vista as peculiaridades que cada situação exige (art. 42, Lei de Execuções Penais).

CONCLUSÃO

A pena evoluiu de uma reação irracional, uma simples descarga de tensão emocional, na pré-história, para atualmente, ser a retribuição proporcional a um mal cometido, desde que prevista em lei, tendo cunho preventivo geral para toda a sociedade e especial para o delinqüente, além de buscar uma reeducação e recuperação do indivíduo para retornar à liberdade. Dentre as espécies de pena a privativa de liberdade é a mais aplicada e também a mais criticada pelas deficiências do sistema prisional, que não consegue, de forma geral, atender aos objetivos das leis pertinentes à execução das penas, especialmente a de prisão, que garantem aos apenados uma gama de direitos visando sua ressocialização. Porém, infelizmente, tais direitos não vêm sendo cumpridos, restando expostas constantes violações aos presos ocasionadas pelo próprio Estado.

Ademais, sob o ponto de vista histórico, a pena está falida, e sua história culmina com a crescente abolição. O que se tem hoje em dia é exatamente propostas para a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. Porém é sabido que ainda não se pode abandonar por completo a pena privativa de liberdade em algumas situações, e por consequência, as penitenciárias para a execução daquelas.

A sociedade ainda não evoluiu a ponto de deixar de lado a concepção de que a pena de prisão não mais possui caráter retributivo, mas sim educativo e ressocializador. As pessoas querem ver é de certa forma o mesmo que ocorria nas sociedades medievais, ou na inquisição, ou seja, que para o condenado pagar pelos seus crimes, não basta apenas estar privado de sua liberdade, mas sim deve sofrer nas piores condições de existência possíveis, sendo que tudo que o recluso enfrenta em seu cárcere (falta de higiene, alimentação, local para dormir, abusos sexuais, entre outros), ainda é pouco, porém merecido.

Não se pode observar com isto o respeito a dignidade humana

do condenado, nem mesmo qualquer garantia de seus direitos fundamentais enquanto ser humano que é. Normalmente as celas dos presídios são minúsculas, sem janelas, com várias camas. Sabe-se que no Brasil a maior pena prevista é de trinta anos, logo, a maioria dos reclusos cumprirá em média uns quinze anos e sairão. Sem uma política eficaz de reintegração na sociedade o egresso reincidirá, de repente apenas pelos traumas sofridos pelos horrores de seu cárcere. Apenas porque lá dentro foi privado de tantas coisas que quando em liberdade, promete a si mesmo que nunca mais será privado de mais nada.

Não existe um planejamento eficaz do Estado para solucionar tal problema, o que existe é a transferência de alguns presos daqui, outros dali e fica tudo por isso mesmo. Quer-se crer que com o tempo haverá uma evolução para que a pena seja e receba maior caráter preventivo e que, se for aplicada, tenha o seu caráter ressocializador menos abrandado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Vinícius de. Direito de punir e poder de punir: uma análise a partir da doutrina dos direitos subjetivos. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 196-215, jan./jun. 2005.

BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 1, ano 1, p. 113-131, jul./dez. 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Novas Penas Alternativas: Análise Político-criminal das alterações da lei n. 9714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: uma análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 1, ano 1, p. 171-184, jul./dez. 2004.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 32. ed. compacta. São Paulo: Lisa, 2006.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987.

CANTO, Dilton Ávila. *Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro*. História das prisões. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2). Acesso em: 29 jan. 2009.

CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 3, ano 2, p. 123-146, jul./dez. 2005.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. A ocasião faz o ladrão: como prevenir a delinquência através do controle situacional. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 179-195, jan./jun. 2005.

CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elizabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COIMBRA, Mário. Classificação dos Condenados – Artigos 5º a 9º da LEP. In:

PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. 1.

CUELLO CALON, Egunenio. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1943.

DEL ROSA, Juan. *Sentido Reformador Del Sistema Penitenciario Del Coronel Montesinos*. REP, 1962.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo. Renovar, 2007.

DONNA, Edgard Alberto. *Teoría Del Delito y de La Pena*. Fundamentación de las sanciones penales y de La culpabilidad. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba: Lítero-Técnica, 1980.

_____. *Penas Restritivas de Direitos*. Críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da violência nas prisões. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Lições de Direito Penal: A nova parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonade, 1975.

GARRIDO GUSMAN, Luiz. *Compêndio de Ciência Penitenciária*. Valência: Universidad de Valência, 1976.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONDLIM, Viviane Coelho de Sellos. A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 6, ano 4, p. 353-378, jan./jun. 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. [s/l], [s/e], v. II.

LUIZI, Luiz. Dos delitos e das penas na obra de Gaetano Filangieri. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 2, ano 2, p. 84-96, jan./jun. 2005.

_____. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: Konfino, 1975.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Deveres e direitos. Artigos 38 a 43 da LEP. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 175-189, jan./jun. 2004.

MARIANO, Ruiz Funes. *A Crise das Prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. Propedêutica penal e norma penal. São Paulo: Saraiva, 1954. v. I.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984*, 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NEUMAN, Elias. *El Problema Sexual em Lãs Cárceres*. Buenos Aires: Criminalia, 1965.

NEUMAN, Elias. *Evolución de La Pena Privativa de Libertad y Régimnes Carcelarios*. Buenos Aires: Criminalia, 1965.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do Direito Penal. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 5, ano 3, p. 284-303, jul./dez. 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte geral – Parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. *Futuro Alternativo das Prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O advogado e a realidade do Direito Penal. *Encontro dos Advogados Criminais*. Anais, USP, dez. 1997.

_____. Sistemas penitenciários. *Revista dos Tribunais*. n. 639, 1989.

PRADO. Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO. Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Do sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 650, dez. 1989.

_____. *Elementos de Direito Penal*. parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Multa substitutiva: medida de política criminal alternativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, dez.1995.

_____. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 143-158, jan./jun. 2004.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Doutrina - Jurisprudência Seleccionada - Conexões Lógicas com os vários Ramos do Direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

RIGHI, Esteban. *Teoría de La Pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

SEGATTO, Antonio Carlos. Princípios Constitucionais e dignidade da pessoa humana como condicionantes à concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Ciências Penais-Pós Graduação em Direito (UEM)*, Maringá, vol. 5, n. 1, p. 45-62, jan./jul. 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. t. 1.

SZNICK, Valdir. *Penas Alternativas*. São Paulo: Leud, 1999.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 0, ano 1, p. 127-142, jan./jun. 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.