

**FACULDADE DE CIENCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA FACER**  
**CURSO DE DIREITO**

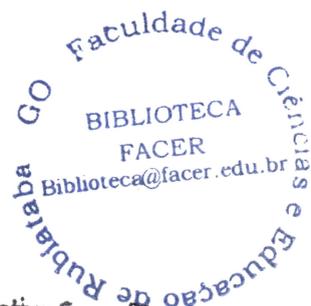
*Associação Educativa Evangélica*  
**BIBLIOTECA**

**DA EFICACIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO**  
**BRASIL**

**RUBIATABA**  
**2009**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER  
CURSO DE DIREITO

GLAUCO DE MORAIS ANDRADE



Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

DA EFICACIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE  
NO BRASIL

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - Goiás, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do professor André Luiz Vasconcelos Teixeira.

De acordo

\_\_\_\_\_  
André Luiz Vasconcelos Teixeira

30071

Tombo n°	17003
Classif.:	
Ex.:	01
Origem:	d
Data:	23/03/2010

RUBIATABA  
2009

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**GLAUCO DE MORAIS ANDRADE**

**DA EFICACIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL**

**COMISSÃO JULGADORA DE MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE  
BACHARELADO DE DIREITO PELA FACULDADE DE CIENCIAS E EDUCAÇÃO DE  
RUBIATABA**

Resultado \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_  
Andre Luiz Vasconcelos Teixeira

1º Examinador \_\_\_\_\_

2º Examinador \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus pelo dom da vida, a todos os professores que ao longo desta jornada compartilharam comigo seus conhecimentos e, em especial, ao meu Orientador Professor ANDRÉ LUIZ VASCONCELOS TEIXEIRA, que ao longo deste processo de pesquisas monográficas sempre esteve presente e me cedeu, por diversas vezes, sugestões valiosas que culminaram no término de meu Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Bacharelado de Direito.

E de uma forma carinhosa, ao meu pai JAIR PINTO DE ANDRADE, minha mãe MARIA RITA DE ANDRADE e minha irmã LILIAN CRISTINA MORAIS DE ANDRADE, que sempre estiveram do meu lado.

#### DEDICATORIA

*Dedico este trabalho de TCC a minha mãe MARIA RITA DE ANDRADE, que durante meu curso sempre me incentivou, material e financeiramente. Sem ela eu não teria alcançado meus objetivos, pois nos momentos de trevas ela foi minha luz, nos momentos de tristeza ela foi minha consoladora, quando cai ela me deu a mão para que eu me levantasse e seguisse novamente a jornada. Enfim ela foi meu bálsamo, sem ela eu não estaria aqui hoje, obrigado MÃE.*

*"Na infância vivemos intensamente a alegria, a inocência, capacidade criativa sem limites e ausência de preconceitos. Na vida adulta aprendemos a racionalizar, a impor critérios para tudo e a dosar as emoções para nos proteger. O importante é saber equilibrar essas duas fases, para construir e usufruir a felicidade que almejamos, sem perder o entusiasmo das crianças."*

**Maria Amália Vaz de Carvalho** foi uma poetisa portuguesa. (Lisboa, 2 de Fevereiro de 1847 - Lisboa, 24 de Março de 1921),

## RESUMO

A finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal.

Em suma, a realização do direito penal objetivo. Incidindo sobre uma situação concreta, "o Estado, no processo, torna efetiva, através dos órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos." Para solucionar com exatidão o litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal.

No Brasil, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora se assegure ao ofendido o direito à ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente - juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX).

**Palavra Chave:** Penas privativas de liberdade, criminosos, presídios, ressocialização, Execução Penal.

## ABSTRACT

The mediate purpose of the criminal proceeding if confuses with the one of the Criminal law , that is, is the protection of the society, the social peace, the defense of the legal interests, the harmonic convivência of the people in the territory of the nation, is to obtain, by means of the intervention of the judge, the accomplishment of the punitive pretension of the State derived from the practical one of a misdemeanor.

In short, the accomplishment of the objective criminal law. Happening on a concrete situation, "the State, in the process, becomes effective, through the judiciary agencies, the normative order of the Criminal law, with what it assures the application of its rules and rules. "To solve with exactness the criminal litigation, the judge, in the process, it must select the truth of the facts in order to apply, with justice, the criminal law.

In Brazil, the Federal Constitution assures the accusatory system in the criminal proceeding. It establishes "the contradictory and legal defense, with the inherent ways and resources " (art. 5º, LV); the public criminal action is promoted, privatively, for the Public prosecution service (art. 129, I), even so if assure to offended the right to the subsidiary private action (art. 5º, LIX); the authority judge is the competent authority - constitutional judge or natural judge (arts. 5º, LIII, 92 the 126); it has advertising of the procedural acts, being able the law restringiz it only when the defense of the privacy or the social interest demanding (art. 5º, LX).

**Word Key:** Privative penalties of freedom, criminals, penitentiaries, ressocialização, Criminal Execution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA.....</b>	<b>15</b>
<b>1. Modelos De Penas Na Antiguidade.....</b>	<b>17</b>
1.1. Vingança Privada .....	17
1.2. Composição .....	18
1.3. Vingança Divina .....	19
1.4. Vingança Pública .....	20
<b>2 – Historico das Penas Privativa de Liberdade.....</b>	<b>23</b>
<b>II. O CONCEITO DE PENA .....</b>	<b>25</b>
<b>1. Das penas permitida no Brasil .....</b>	<b>26</b>
1.1 – Prisão temporária.....	27
1.2 – Prisão para execução de pena.....	27
1.3 – Prisão em flagrante.....	28
1.4 – Prisão preventiva.....	28
1.5 – Prisão Preventiva para fins de extradição.....	28
1.6 - Prisão civil do não pagador de pensão alimentícia.....	29
1.7 - Reclusão e Detenção.....	29
1.8 - Das penas de multa.....	31
1.9 - Suspensão da execução da multa.....	32
<b>2 – Das Penas Proibudas no Brasil.....</b>	<b>32</b>
2.1 - Pena de morte.....	33
2.2 - Penas de caráter perpétuo.....	34
2.3 – Banimento.....	35
2.4 - Penas cruéis.....	36
<b>3 - Regimes De Execução Prisional No Brasil.....</b>	<b>37</b>
3.1 - Espécies de Regime.....	37
3.2 - Regime Parcial.....	38
3.3 - Da Progressão e Regressão de Pena.....	39
3.4 - Detração, Trabalho Prisional e Remição.....	40
<b>III - DA FINALIDADE DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>42</b>
1 – Principios Do Processo Penal.....	43
1.2 - Princípio do estado de inocência.....	42
1.2 - Princípio do contraditório.....	44
1.3 - Princípio da verdade real .....	45
1.4 - Princípio da oralidade.....	46
1.5 - Princípio da publicidade.....	47
1.6 - Princípio da obrigatoriedade.....	48

1.7 - Princípio da oficialidade.....	49
1.8 - Princípio da indisponibilidade do processo.....	50
1.9 - Princípio do juiz natural .....	51
1.10 - Princípios da iniciativa das partes e do impulso oficial.....	52
1.11 - Outros princípios do processo e do procedimento.....	53
<b>2 - Da Lei De Execução Penal (Lei 7.210/1984).....</b>	<b>55</b>
2.1 - Progressão de regime e exame criminológico.....	57
2.2 - Regime disciplinar diferenciado.....	59
2.3. - Quando ao exame criminológico.....	59
2.4 - Quanto ao regime disciplinar diferenciado.....	62
<b>IV - O PERFIL DO PRESO NO BRASIL.....</b>	<b>68</b>
<b>1 - Ressocialização No Brasil.....</b>	<b>71</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia, intitulada "*Da Eficácia das Penas Privativa de Liberdade no Brasil*", tem como objeto central o estudo sobre a pena de prisão aplicada a ato delituoso de determinado indivíduo, resultado do projeto de pesquisa desenvolvido junto a FACER – Faculdade Ciências e Educação da Cidade de Rubiataba, no qual realizou-se uma análise da evolução da Penas e o modelo penitenciário atual.

A relevância do tema é percebida diante do consenso existente dentro do meio jurídico quanto ao fracasso da pena privativa de liberdade. As penitenciárias demonstram graves problemas, como a criminalidade, as rebeliões, as condições subumanas em que vivem os detentos, além de muitos outros e sob o aspecto da sociedade, o modo como ela vê o problema penitenciário reflete as suas expectativas em relação à prisão, o que demonstra a importância de estudar o tema sob a ótica da comunidade discente de ensino superior.

Em meio a esta problemática, o presente estudo objetiva aprofundar o estudo sobre a pena de prisão, abordando mais detidamente as finalidades trazidas pela doutrina penalista e a crise dos Institutos Criminais.

Para a investigação do tema central desta monografia, utilizou-se o método analítico-descritivo, uma vez que se busca analisar a pena de prisão, descrevendo a sua eficácia no que diz respeito à ressocialização. O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica (digitais). A pesquisa bibliográfica se vale por sites de que trazem artigos de direito penal e das obras especializadas sobre a pena de prisão, abordando aspectos históricos da sanção penal, e sua eficácia, bem como as ideologias atuais do direito penal.

Este trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo apresenta o direito penal a pena e sua evolução histórica. Em seguida, no segundo capítulo, faz-se uma abordagem diacrônica do tema principal. O terceiro capítulo trata da eficácia da pena de modo particularizado, apresentando as teorias da doutrina penal e um estudo panorâmico sobre a crise da pena privativa de liberdade, destacando as ideologias penais da atualidade e a situação dos Institutos Penais que abrigam os apenados. Por fim, no último capítulo serão

expostos os resultados mais importantes obtidos por meio da realização do projeto de pesquisa ora aludido.

Um dos problemas que mais afligem a sociedade brasileira atualmente é o que se deve fazer com aquela pessoa que agiu de forma ilícita, que transgrediu as normas ditadas pelo estado. A forma através da qual o infrator é punido tem que ser eficaz e a pena deve ser justa, uma vez que o condenado deve estar recuperado quando sair da prisão, pronto para reincorporar-se à sociedade e não mais agir em desacordo com a lei.

O que se vê atualmente no Brasil, no entanto, são instituições penitenciárias conhecidas como "escolas do crime" que não cumprem seu papel ressocializante. Talvez tal fato possa ser comprovado com as altas taxas de fugas e rebeliões que hoje existem no Brasil, bem como através das taxas de reincidência dos presos brasileiros.

Um dos maiores inconvenientes da pena privativa de liberdade que vivencia o preso e o egresso é o preconceito que enfrenta a sua família pelo fato de ter um ente que cumpre pena, ou mesmo aqueles que já cumpriram. Entendemos que a família é o alicerce do indivíduo, vez que é a principal responsável pela formação do caráter do ente e da disseminação dos princípios e valores ético-morais.

Esses princípios da base educacional quando absolvidos, remetem o indivíduo a uma melhor e plausível interação com a sociedade. Não obstante, esses princípios básicos, por questões de desorganização das estruturas das famílias são desprezados, e, por conseguinte, as regras que regula as condutas dos indivíduos na sociedade são abandonadas, facilitando aquele indivíduo a transgredir a lei penal

Com base no ordenamento jurídico e outras leis ordinárias e infraconstitucionais, muito têm se tem discorrido no que se refere à proteção do Estado as pessoas, a intimidade, ao direito de ir e vir, o direito a vida, sempre de forma genérica e quimera, exceto a lei penal que visa a reverter à pena privativa de liberdade em um castigo que transcende da pessoa do condenado e alcança também a sua família, marginalizando socialmente o preso, ou mesmo o egresso e liberado.

Um dos maiores problemas que enfrenta a administração pública do país na atualidade diz respeito à segurança do cidadão. No afã de promover o enfrentamento e

combate à violência e criminalidade, o Estado acaba priorizando a segregação dos entes infratores.

O Estado tem o poder de vigiar e punir, mas em contrapartida o dever de ressocializar, reintegrar o preso na sua comunidade. Na atualidade nos deparamos com um sistema prisional em derrocada. A prova de que o nosso sistema penitenciário está à beira do caos, se consolida a partir de um evento lastimável ocorrido no norte do país, quando uma adolescente de quinze anos de idade após sua apreensão, acusada de furto, foi colada numa cela com mais de vinte detentos. A jovem foi entregue pela autoridade policial, a fim de ser servida a aqueles presos sedentos de lascívia, que abusaram sexualmente de diversas formas durante os mais de vinte dias em que esteve confinada naquele lugar.

A Lei 7.210, a chamada Lei de Execução Penal traz em seu bojo as garantias necessárias para a manutenção de pessoas em cárcere, dentre elas as condições de forma salubre e adequadas, priorizando a separação de local de cumprimento da pena entre homens e mulheres, a fim de evitar que abusos como o que ocorrera com a garota de quinze anos. Na realidade as prisões brasileiras tão somente só servem como uma espécie de depósito de seres humanos, esquecidos, sem direitos, expurgados da sociedade.

Além de toda sorte de violência física que muitos detentos sofrem nas prisões, são agregadas aquelas de ordem psicológicas, a marginalização social, que alcança também a sua família, que muitas vezes passa a padecer retaliações por parte do sistema penitenciário além da discriminação promovida pela própria sociedade por ser este, familiar ou parente de um ente condenado.

Por fim, se faz necessário uma urgente reforma no sistema penitenciário nacional, a fim de se buscar uma efetiva e eficaz ressocialização da população carcerária que é cada vez mais crescente em todo o país, além de maior integração dos poderes judiciário, e executivo, chamando também a atenção da própria sociedade no que tange as discussões das políticas voltadas para ressocialização e reintegração dos presos e egressos na comunidade. Temos todos uma só natureza, a mesma humanidade que deve se apoiar na justiça, “esse sentimento abstrato que possibilita o homem alcançar a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana”.

O apenado, ao ser tratado com dignidade e respeito, vê que é possível recuperar-se e não mais ter uma vida delituosa como antes. Tal fato implicará diretamente na vida dele

próprio e também na vida da sociedade que sentirá os efeitos de tal recuperação, os índices de violência irão baixar e a qualidade de vida irá melhorar. No entanto, é preciso que se recorra à pena privativa de liberdade apenas em casos extremos, ou seja, quando o indivíduo necessita de tratamento ressocializante.

Existem casos em que o melhor caminho a ser seguido não é a reclusão e sim penas alternativas como prestação de serviços à comunidade, doação de alimentos aos necessitados, enfim, penas que não retiram o condenado do meio social. Dessa forma, a super lotação dos presídios que hoje é tormento para a sociedade irá diminuir sensivelmente. É estupidez imaginar que homens amontoados como animais enjaulados podem um dia voltar à sociedade recuperados de seus erros.

É preciso que existam certas condições para que a recuperação do infrator ocorra, tais como uma instituição penitenciária idônea, funcionários capacitados, é preciso que a capacidade da unidade não seja extrapolada e aqui está a importância das penas alternativas em casos que o emprego delas é possível. É importante também que haja uma pena condizente com o ato praticado: a pena privativa de liberdade não deve ser a solução para todos os casos. Uma pena justa é necessária, pois servirá de exemplo às outras pessoas que tencionem agir ilicitamente.

Nesse sentido, Beccaria (1998) afirma que:

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proposições, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

## I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

O homem passou a tornar-se objeto de estudos no ordenamento jurídico através do dogmatismo penal. A partir do momento em que passou a viver em sociedade houve-se necessidade de criar institutos que punissem delitos, a fim de manter a ordem e estrutura social.<sup>1</sup>

O Estado, ao receber o poder-dever de realizar o bem comum, apareceu como um poder de mando, como governo e dominação, instituiu uma nova ordem. Com normas rígidas, à que todos estariam submetidos. O poder, então, é detido e centralizado pelo Estado.

Isto em virtude do medo, o medo do indivíduo diante de outro, mais forte e mais violento; o medo da massa social frente ao guerreiro que quer impor a sua vontade aos demais. O medo do homem, não apenas como indivíduo, como família, mas como grupo social, e por isso, ele criou o poder e entregou-o à Sociedade Política.

Para a manutenção da harmonia na sociedade, o Estado impôs regras de conduta aos membros do grupo e previu sanções para aqueles que descumprissem as normas. O Direito normativo é o direito racional. É o Direito racional por determinar uma série de ações em relação a determinados fins. Portanto, as ações sociais determinadas pela legalidade são frutos de uma normatização social advinda de uma rede de poderes velados pelo Direito.

Ao criminoso seriam aplicadas sanções que lhe limitariam a liberdade, individual, a qual toma a figura da **PENA**. As penas começaram a ser aplicadas desde os tempos primitivos da humanidade, como por exemplo, a vingança privada, ou seja, prevalecendo a lei do mais forte.

A norma passou a carregar um atributo de valorização com relação a determinada conduta socialmente aceita, de modo a ser o fiel da balança entre o normal e o anormal ou patológico. Cria-se, desta feita, um arcabouço legal, em forma e códigos e resoluções normativas, baseado num tipo mediano de homem, escolhido dentre aqueles dos grupos dominantes de então, o tão criticado "homem médio".

Assim, num primeiro momento, o soberano agia de forma discricionária e autocrática, desvinculada de um ordenamento jurídico legítimo, afeto à idéia de justiça. E posteriormente, a infração tomou uma noção de direito e a pena uma sanção legal, embora ainda com um caráter retributivo mais afluído.

O sistema da repressão criminal veio mesmo a desenvolver-se no período humanitário, no século XVIII, que embora ainda trouxesse a idéia da retribuição pelo delito cometido, ao invés de adotar-se a severidade das penas, numa época em que a tortura era a forma a mais comum de se obter a confissão do réu e a sua conseqüente punição, buscou-se defender os direitos fundamentais do acusado.

As normas tomam domínios cada vez mais diferenciados da esfera jurídica. Elas abarcam a medicina, a psiquiatria e as Ciências Sociais. Tudo isto se mistura num conhecimento do final do século XIX: a criminologia. O próprio discurso da criminologia, absurda maneira de caracterizar e conhecer um tipo perfeito de criminoso mediante um padrão fornecido pelo domínio do conhecimento das ciências supra citadas. Desta maneira, as penalidades e mesmo a sexualidade se tornam instituições de ordem normativa que caracterizam a modernidade das relações entre saberes e poderes.

Apenas neste século, com o movimento da Nova Defesa Social, foi que a política criminal, ciência na qual o Estado deve se basear para prevenir e reprimir a delinqüência tomou um novo rumo, procurando-se cada vez mais a reinserção do criminoso de volta à sociedade e a prevenção do crime.

Contudo, a origem das penas é anterior à própria criação da Sociedade Organizada, remontando aos mais antigos grupamentos de homens, que lhe atribuíam um caráter divino, pois o descumprimento às obrigações devidas aos "seres sobrenaturais" merecia graves castigos, como a tortura e a morte. Era a repressão do crime como forma de satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo. Que era aplicada mediante seu favorecimento ou sua vontade.

## 1 - Modelos De Penas Na Antiguidade

### 1.1 - A Vingança Privada

Nos primórdios da civilização a concepção da pena girava em torno da prevalência da lei do mais forte (*Lei de Darwin*), onde cabia a auto-composição, conhecida como vingança de cunho pessoal (vingança privada), utilizada pelo ofendido em busca de sanar a lide, sendo esta faculdade de resolução, dada a sua força própria, grupo ou família, para assim conseguir exercê-la em desfavor do criminoso. A pena não obedecia ao princípio da proporcionalidade, quando de sua aplicação vingativa se estendendo à família do acusado.

E, na hipótese do criminoso pertencer à mesma tribo da vítima, a sanção penal visava condenando-o à perda da paz ou banimento do membro do clã, sendo que por esta decisão o agressor perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa e conseqüentemente se encontrava exposto a forças hostis de outras tribos ou da própria natureza, isto, se concretizava na morte do condenado.

Mas, na realidade os homens primitivos já necessitavam de crer num poder superior, sobrenatural, daí adoravam e cultuavam objetos que exigiam respeito e obrigações. E o descumprimento dessas regras por qualquer indivíduo ocasionavam sanções à sociedade, enquanto da obediência sobrevinha recompensa. Portanto, a pena era de caráter sacro e essa vingança pessoal não era tida como punição, mas como um meio de restauração da integridade coletiva perante a divindade cultuada.

Aníbal (2002) afirma<sup>2</sup>:

(...) não a encontramos, em geral, como forma de reação punitiva dentro de uma comunidade primária. Lançar mãos ao agressor, para feri-lo ou matá-lo, em gesto de vingança, devia parecer à consciência desses grupos, impregnada das concepções de totem e tabu, tão condenável quanto à agressão. A reação é a expulsão do grupo, que não só eliminava aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, como evitava a esta o contágio da mácula de que se contaminara o agente, violando o tabu, e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais, a que o grupo estava submetido.

2 - BRUNO, Aníbal. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *In Teoria da Pena*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 25

No Brasil, os povos indígenas adotavam valores culturais de punição condizentes à vingança de sangue, regra de Talião, a perda da paz, a pena de morte através de tacape e as penas corporais, sob a concepção de suas crendices, sendo que as "práticas punitivas desses povos indígenas em nada influíram na legislação brasileira"

Neste sentido, Dotti afirma<sup>3</sup>:

Ter encontrado sinais de punição na forma do talião e da vingança do sangue para as lesões cometidas nas tribos indígenas brasileiras. Acrescenta que a perda da paz também era utilizada, porém predominavam a pena de morte (através do tacape) e as penas corporais.

Nessa fase vemos, há pratica desproporcional à ofensa atingia não só o ofensor, como também todo o seu grupo familiar. As relações Totêmicas ainda prevaleciam

## 1.2 - Composição

Com a evolução social, bem como a necessidade de evitar genocídios, surge a Lei Mosaica (Talião), surgindo o primeiro indício de proporcionalidade entre pena e delito, ao prescrever a máxima "sangue por sangue, olho por olho, dente por dente", portanto, restringia-se à retribuição proporcional ao mal causado.

A legislação penal das civilizações do antigo oriente caracterizou-se pela natureza religiosa de suas normas e os ritos para aplacar a ira dos deuses ao condenado e assim, reconquistar a benevolência desses deuses.

A prática da lei de Talião foi adotada pelo Código de Hamurabi (século XXIII a C.), na Babilônia, pela legislação hebraica (Êxodo) e pela Lei das XII Tábuas, em Roma

---

3 - DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2.ed São Paulo: RT, 1.998, p. 44.

Batista exemplifica o método da proporção utilizada pelo Rei Hamurabi<sup>4</sup>:

Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hamurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.

Nesta época, sumariamente surge a composição, quanto "aos delitos privados, utilizava-se a composição, ou seja, a inimizade contra o infrator e sua família, que deveriam sofrer a vingança do sangue" ou ainda, na fase da composição havia a substituição do cumprimento da pena pelo pagamento (moeda, gado, vestes etc) e conseqüente reparação do dano causado. Foi adotado pelo Código de Hamurabi, pelo Código de Manu, na Índia e pelo Pentateuco

### 1.3 - Vingança Divina

Com a queda do Império Romano, no século IV, e a conquista dos povos germânicos (bárbaros – estrangeiros) sobreveio o direito germânico, porém sob forte influência da Igreja e o seu direito canônico, pela qual a vingança divina era exercida a proporcionalidade do "pecado" cometido pelo acusado contra Deus.

O fator que contribui para essa consolidação da influência da igreja é o fortalecimento do poder centralizado do Direito germânico, que buscava adquirir com maior amplitude o caráter de poder público estatal, daí a adoção da concepção da Igreja de oposição à prática individualista da vingança privada (vingança do sangue) utilizada no início do domínio dos povos germânico, embora essa interpretação das escrituras sagradas eram deturpadas e os métodos de verificar a culpabilidade provinham de uma revelação divina inquestionável que impunha provações das mais variadas, a fim de corrigir o infrator.

Estado e Igreja, se confundiam ao exercer o poder, mas houve uma evolução no sentido da prisão-pena, agora vista sob duas ópticas: custódia e eclesiástica, utilizada para

punir clérigos faltosos, com penas em "celas ou a internação em mosteiros" com a finalidade de fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. Nesta fase histórica surgiu a privação de liberdade como pena. O cárcere era tido como penitência e meditação, o que originou a palavra "*penitenciária*".

A vingança divina foi adotada na Índia (Código de Manu), Babilônia (Código de Hamurábi), Israel (Pentateuco), Egito (Cinco Livros), Pérsia (Avesta), China (Livros das Cinco Penas) etc.

#### **1.4 - Vingança Política**

No século XV, com a queda de Constantinopla, em 1.453, e o desaparecimento do feudalismo, surge a Idade Moderna, e consigo inúmeras guerras religiosas, e por resultado a pobreza se generalizou por todo o continente europeu e conseqüentemente o número de desafortunados e delinqüentes, nesta fase o Estado busca assumir sua função de heterocomposição, embora, com influências da Igreja, "cujo mérito atingido pelo Direito Penal canônico foi consolidar a punição pública como a única justa e correta, em oposição à pratica individualista da vingança privada utilizada pelo Direito germânico"

No Estado absolutista a pena foi concebida como um castigo, uma expiação pelo pecado cometido contra o soberano, que se identificava com Deus, que lhe concebia o poder diretamente e o concentrava todo em suas mãos, daí a faculdade do Estado de impor penas.

Com o fim do feudalismo, iniciou a era do capitalismo como regime econômico, sendo um dos principais motivos da criação das prisões meio emergente para conter a grande massa de classe menos favorecida do regime dominante, o qual implantava disciplinas e às condições impostas ao trabalho do regime capitalista.

Sobre esta época de transição feudal ao capitalismo, Bitencourt, ensina que<sup>5</sup>:

A pena serviu também para suprir a falta e a crescente necessidade de mão-de-obra. Portanto, as casas de correção ou de trabalho, para onde eram mandados os condenados, foram os antecedentes do que hoje conhecemos por cárcere.

E para solução desse impasse o Direito Penal é utilizado como segregação social com penas: de expulsão, trabalhos forçados em encanamentos para esgotos ou galés. Esta "consistia na obrigação de remar em navios de guerra, acorrentado aos bancos de seus porões, caracterizando-se uma verdadeira prisão flutuante".

Mas, não sendo o suficiente este método de segregação, na metade do século aduzido surge um grande movimento de criação e construção das prisões.

Para cumprimento da pena privativa de liberdade, a prisão era utilizada com a finalidade de controlar, submeter à classe menos favorecida o novo regime econômico em desenvolvimento.

Enfim, não possuía caráter de ressocialização, mas sim de aproveitar a mão-de-obra gratuita imposta pelas prisões do século XVI, além de manter a prevenção geral.

Portanto, a prisão era tida como um meio de coagir o trabalhador livre a acostumar com o regime capitalista, o qual os remunerava com míseros salários.

Por outro lado, a pena, atendia à prevenção geral, através da qual o trabalhador livre sentia-se intimidado e com medo de ser enclausurado em uma casa de trabalho, motivo pelo qual acabava por se acostumar à disciplina e às condições impostas ao trabalho no regime capitalista, ou ficar preso nas casas de trabalhos, que exigiam os trabalhos forçados do presidiário sem lhes remunerar (exploração), sistema iniciado na Inglaterra e desenvolvido entre os holandeses.

---

5 - BITENCOURT, Cezar Roberto Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.p.34..

Foucault (1984), afirma que a prisão é menos recente do que se costuma dizer<sup>6</sup>:

A forma prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboram, por todo o corpo social, o processo para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles, um aparelho completo, de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.

Neste período de transição a Igreja perdeu parte de seu poder, sendo agora a imagem de representante do onipotente transferido ao Monarca, que significava o Estado e era reconhecido pelos súditos a quem deferiram o poder de castigá-los.

A vingança agora é tida por pública, definida em leis absolutas, imprecisas, “com várias janelas, interpretativas” e imperfeitas, que na realidade buscava manter no poder o monarca que aplicava a lei, nas diversas áreas do direito, ou seja, as leis foram feitas sob seu aval e a exegese, aplicação e execução penal no mesmo intuito.

A pena predominante era a de morte, aplicada por meios cruéis e desumanos como pela forca, fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, estrangulação, sepultamento em vida etc.

Neste período de plena expansão capitalista, sobreveio a situação flutuante do mercado de trabalho, dada a ampliação de mercados para consumi-la, em virtude dos descobrimentos marítimos, o que ocasionava o fluxo de mão-de-obra para as novas terras conquistadas na América, África e Ásia, além das baixas humanas em consequência de epidemias e guerras.

Portanto, necessário se fez a aplicação de outras penas, tais como o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura, as penas infamantes, o banimento temporário, o perdimento de bens, *trabalhos forçados* etc.

Por outro lado, o pai do liberalismo John Locke, justificava a necessidade do liberalismo individual humano, contrastando sua tese capitalista e de Thomas Hoobes, já que o homem crendo em si mesmo para própria melhoria, e ainda sobre a necessidade da divisão de religiosidade e Estado.

Fato ocorrido em 1.690 em sua obra o Ensaio sobre o governo civil estabelecendo os princípios de que o homem delegou direitos ao Estado, poderes de regulamentação das relações externas na vida social, pois reservou para si uma parte de direitos que são indelegáveis: liberdades fundamentais, o direito à vida, como todos os direitos inerentes à personalidade humana, são anteriores e superiores ao Estado.

Por outro lado, no Brasil, estávamos na fase do “descobrimento” e posterior colonização, adveio a legislação penal exportada pela Coroa Portuguesa, constantes nas famosas Ordenações do Reino.

As Ordenações Filipinas , foram introduzidas em nosso Direito penal em razão das alterações exigidas pelo Imperador da península Ibérica, o monarca Felipe, nelas estavam contidos muitos delitos e variadas formas de suplício a serem aplicados ao *corpo do condenado*, sendo esta modalidade confundida com a fundamentação teológica, porém, vale dizer que se constituíam nas principais armas políticas do soberano para manter o controle social.

## 2 - Histórico Da Penas Privativas De Liberdade

O homem contemporâneo utiliza a pena privativa de liberdade como forma de punir os delitos cometidos, contudo, nem sempre foi assim. A privação de liberdade já representou algum freio do comportamento humano, sendo vista com respeito ou, pelo menos, conseguindo, em uma determinada época da história, fazer surtirem os efeitos da política criminal. Enfim, olhando-se para o passado, verificar-se-á que as penas privativas de liberdade, mesmo cumpridas em regime fechado, representaram um progresso no sistema penitenciário vigente até então.<sup>7</sup>

O que pode depreender é que, ainda que insatisfatória atualmente, a pena privativa de liberdade representou em certa medida, um avanço na forma de punir, em face das penas corporais cruéis que antes eram aplicadas.

Ao analisar o contexto histórico a partir do qual surgiu na nossa sociedade, a legitimação da força através do sistema acusatório e o direito de punir.

Percebe-se nitidamente uma variação de tipos e modelos diferenciados de penalizar aqueles que cometem atos que são repudiados pela sociedade.

Ainda que permanecesse, e como de fato permaneceu durante um grande período (e ainda permanece!), a punição física já não configurava mais a espetáculo dos horrores que até então prevaleceu como cerne principal do sistema punitivo.

Há nenhum ser humano é vedada a capacidade de mudança, e até mesmo “criminosos convictos” podem mudar, posto que nós tenhamos o livre arbítrio para tal. A evolução histórica não parece ter em muito contribuído para que pudéssemos nos declarar como sociedade evoluída, nos resta ainda muito de crueldade.

Continuando com o assunto em pauta, abordar-se-á no próximo capítulo o CONCEITO DE PENA, com as penas permitidas e as não permitidas no Brasil.

---

6 - FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir, nascimento da prisão. 3 ed., trad. De Ligia de M. Pondé Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1984, p. 207  
7 - <http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina42.htm>

## II - CONCEITO DE PENA

Conceito de pena será aquele dado pelo Direito Penal, que se traduz pela *“expição ou castigo estabelecido pela lei, com o intuito de prevenir e de reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social, o qual seja qualificado como crime ou contravenção, uma vez que a idéia de pena, desde os primórdios, sempre esteve associada a castigo, como ainda é vista pela sociedade nos dias atuais<sup>1</sup>.”*

Para Anibal (1966)<sup>8</sup>

*“Pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime.”*

Enquanto para Liszt (2002)<sup>9</sup>,

*“A pena é um mal imposto pelo juiz penal ao delinqüente, em virtude do delito, para expressar a reprovação social em relação ao ato e ao autor.”*

---

8 - ANIBAL BRUNO, Apud. SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 – p. 182.

9 - VON LISZT, Franz. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais São Paulo. 2002. p.181.

Mezger (2002)<sup>10</sup> entende que:

*"pena é a imposição de um mal proporcional ao fato", ou seja, uma privação de bens jurídicos que alcança o autor como motivo e na medida do fato punível que tenha cometido.*"

## **1 - Das Penas Permitidas No Brasil**

Durante a época iluminista, houve verdadeira transformação do Estado a partir da adoção de duas idéias fundamentais, quais sejam: a existência de direitos inerentes à condição humana, chamados de direito naturais, e o entendimento de que a origem do Estado está assentada numa espécie de contrato, de forma a assegurar o respeito a esses direitos naturais do homem. Pode-se dizer que uma das extensões dessa transformação estatal foi justamente o processo de humanização das penas aplicadas, em busca de maior proporcionalidade entre o delito cometido e a sua respectiva sanção. Para essa mudança, torna-se quase imprescindível citar a colaboração de Cesare Beccaria, com a sua obra "Dos delitos e das penas"<sup>11</sup>.

O sistema penal brasileiro permite diversas modalidades de prisão, que serão aplicadas dependendo do grau de ofensividade do delito cometido. Resguardando, contudo, o princípio da humanidade. Sabe-se que o princípio da humanidade está na base da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), devendo-se aplicá-lo, por extensão e logicamente, às disposições constitucionais relativas ao Direito Penal.

Tal princípio reforça dentro da matéria relacionada às sanções penais, que o condenado deve ser tratado, acima de tudo, como uma pessoa humana, digna de um tratamento sensível às suas necessidades mais básicas, sem deixar de receber, obviamente, a pena prevista para a infração cometida.

---

10 - MEZGER, Edmund. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2002, p. 181..

11- disponível no site: <http://www.advocaciahaber.com.br/pdf/2->

### **1.1 - Prisão Temporária<sup>12</sup>**

A prisão temporária é uma modalidade de prisão utilizada durante uma investigação. Geralmente é decretada para assegurar o sucesso de uma determinada diligência “imprescindível para as investigações”. Conforme a Lei 7.960/89, que regulamenta a prisão temporária, ela será cabível:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: de homicídio, seqüestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.

O prazo de duração da prisão temporária, em regra é de 5 dias. Entretanto, existem procedimentos específicos que estipulam prazos maiores para que o investigado possa permanecer preso temporariamente

### **1.2 - Prisão para execução da pena**

A prisão que objetiva o início da aplicação de uma pena foi objeto de discussão de um recente debate pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Os ministros entenderam que ela somente pode ser iniciada quando forem julgados todos os recursos cabíveis a serem interpostos, inclusive àqueles encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Entretanto, isso se aplica aos condenados que responderam o processo em liberdade, pois contra estes não existiam fundamentos para decretação da prisão preventiva. Caso surjam novos fatos que justifiquem a prisão preventiva, os condenados poderão ser recolhidos antes do julgamento dos recursos. Esta modalidade de prisão é regulamentada pela Lei de Execuções Penais, que possibilita, inclusive, o sistema de progressão de regime de cumprimento de penas, trata dos direitos e deveres dos presos e determina as sanções às faltas disciplinares, entre outros temas.

### **1.3 - Prisão em flagrante**

A prisão em flagrante possui uma peculiaridade pouco conhecida pelos cidadãos, que é a possibilidade de poder ser decretada por “qualquer do povo” que presenciar o cometimento de um ato criminoso. As autoridades policiais tem dever de prender quem esteja em “flagrante delito”.

### **1.4 - Prisão Preventiva**

A prisão preventiva atualmente é a modalidade de prisão mais conhecida e debatida do ordenamento jurídico. Ela pode ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação.

O Código de Processo Penal em seu artigo 312 aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir) que o réu continue praticando crimes); conveniência da instrução criminal (evitar) que o réu atrapalhe a instrução do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação.

A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis.

### **1.5 - Prisão preventiva para fins de extradição**

Medida que garante a prisão preventiva do réu em processo de extradição como garantia de assegurar a efetividade do processo extradicionai. A extradição será requerida depois da prisão preventiva para extradição, por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de governo a governo.

O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que o encaminhará ao STF, cabendo ao Ministro Relator ordenar a prisão do extraditando, para que seja colocado à disposição do Supremo Tribunal Federal.

A importância da prisão preventiva se dá pelo fato de que seria impossível para o país, que pretende julgar um criminoso, apresentar pedido de extradição para um determinado estado onde o procurado foi localizado, mas logo após este fugir para outro país.

Também de nada adiantaria conceder um pedido de extradição, mas na hora de entregar o estrangeiro ao Estado requerente, não estar com ele em mãos. Entretanto, em casos excepcionais, o STF tem autorizado que estrangeiros com pedido de extradição em cursos e possam aguarda-lo em liberdade.

#### **1.6 - Prisão civil do não pagador de pensão alimentícia**

Esta é a modalidade de prisão civil admitida na Justiça brasileira. Recentemente o supremo reconheceu a ilegalidade de outra espécie de prisão civil, a do depositário infiel. A prisão civil do não pagador de pensão alimentícia tem por objetivo fazer com que o pai ou mãe, ou outro responsável, cumpra sua obrigação de prestar alimentos ao seu filho. Existem debates sobre a possibilidade do filho também possuir o dever de prestar alimentos aos pais, quando estiverem passando necessidades.

#### **1.7 - Reclusão e Detenção**

A Reforma Penal de 84 manteve a distinção, cada vez mais tênue, entre reclusão e detenção. No caso, as penas privativas de liberdade foram tratadas como gênero, sendo espécies a reclusão e detenção como espécies. Apesar de ter havido significativa redução de distinções formais entre pena de reclusão e detenção, a doutrina aponta algumas diferenças entre elas:

Regime inicial de cumprimento— apenas os crimes punidos com reclusão - crimes mais graves, em tese poderão ter o início de cumprimento de pena em regime fechado, o que não se dá com a detenção. No caso, o regime inicial de cumprimento, na reclusão, pode ser fechado, semi-aberto ou aberto;

Na detenção: o regime inicial é o semi-aberto ou o aberto. A detenção só poderá ser cumprida em regime fechado se houver a regressão;

Limitação na concessão de fiança: a autoridade policial poderá conceder fiança apenas nas infrações punidas com detenção ou prisão simples (**Art. 322** - A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Do CPP.), pois se punidas com reclusão, ficará a cargo do juiz apenas;

Espécies de medidas de segurança: se o delito for apenado com reclusão, a medida de segurança será a detentiva; se apenado com detenção, a medida poderá ser convertida em tratamento ambulatorial (**Art. 97** - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (**Art. 26** - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial do CP);

Incapacidade para o exercício do pátrio poder: tutela ou curatela tratando-se de crime punido com reclusão, cometido por pai, tutor ou curado contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, haverá mencionada incapacidade; tratando-se de crime apenado com detenção, não haverá tal consequência, o que não impede de ser buscada em ação própria no juízo cível;

Prioridade na ordem de execução: a pena de reclusão executa-se primeiro; depois, a detenção ou prisão simples (**Art. 69** - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. e **Art. 76** - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave ambos do CP.);

Influência nos pressupostos da prisão preventiva: (**Art. 313** - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão. Do CPP).

### 1.8 – Das penas de multa

A pena de multa é uma das previstas em nosso ordenamento jurídico penal. A Constituição Federal a prevê expressamente, também estabelece a possibilidade de lei infraconstitucional prever outras penas elencadas no inciso XLVI do artigo 5º.

No Código Penal brasileiro, a pena de multa foi modificada no aspecto da conversão quando do advento da lei 9.268/96. Anteriormente, quando a pena de multa aplicada não era paga ou era frustrada a sua execução, sendo solvente o condenado, a multa era convertida em detenção; revogava-se tal conversão a qualquer tempo quando fosse paga a multa.

Atualmente, segundo o dispositivo penal que previa a revogação, quando do trânsito em julgado da sentença condenatória a pena de multa, esta é considerada dívida de valor, passando a ter caráter extrapenal, devendo ser promovida sua execução pela Fazenda Pública nos moldes da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Verifique-se que a partir do momento que o condenado não efetua o pagamento da multa, pode ela ser cobrada como dívida de valor, precisando se constituir uma Certidão de Dívida Ativa, considerada pelo CPC no artigo 585, inciso VI como título executivo extrajudicial.

A destinação do pagamento da multa vai depender de para qual juízo foi remetida a condenação em multa não paga, considerada assim dívida de valor. Como o dispositivo do Código Penal atinente à pena de multa, não especifica se a dívida é da Fazenda Pública Estadual ou Federal, o que irá determinar a destinação do valor é procedência do julgamento do delito cometido.

Se foi a justiça estadual a competente para julgar a conduta delituosa e na condenação se impôs a pena de multa, o processo de cobrança da dívida deverá ser feito pela Fazenda Pública Estadual, tramitando nas varas respectivas. Se porventura, o delito cometido cabe à justiça federal julgá-lo, em decorrência da natureza do bem jurídico ofendido, a pena de multa imposta e não paga deve ser cobrada como sendo Dívida Ativa da União, a ser apurada e promovida a respectiva execução pela Procuradoria da Fazenda Nacional, segundo os exatos termos do §4 do art.2 da lei 6.830/80.

O art.52 do CP prevê que a execução da pena de multa é suspensa caso sobrevenha doença mental do condenado. Como a pena pecuniária com sua execução deixou de Ter caráter penal, passando a ser regulada a sua execução pela lei de Execução Fiscal (lei n 6.830/80) e não mais pela LEP (lei n7. 210/84), o fato de sobrevir doença mental não é motivo de suspensão da execução porque não se trata mais de pena referente a um condenado, mas de dívida de valor a ser executada afetando patrimônio e não mais a liberdade do condenado.

### **1.9 - Suspensão da execução da multa**

Art. 52 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

## **2 - Das Penas Proibidas No Brasil<sup>13</sup>**

No âmbito da CF/88, a princípio da humanidade pode ser observado em diversos momentos, principalmente no art. 5º. O inciso III deste artigo, por exemplo, ao dispor que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", está claramente a par do respeito devido à pessoa humana. O inciso XLIX, por sua vez, estabelece que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Já o L assegura às presidiárias "condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Enfim, percebe-se uma postura humanitária, adotada constitucionalmente em relação às pessoas humana que se encontram condenadas<sup>13</sup>.

Porém, uma das maiores expressões do princípio da dignidade da pessoa humana corresponde às vedações impostas pela CF/88 quanto a cinco espécies de penas. Segundo o inciso XLVII do já citado art. 5º, são proibidas as penas: (a) de morte; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; e (e) cruéis

---

12 - disponível: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10802>

## 2.1 - Pena de morte

A pena de morte não está absolutamente proibida no Brasil. Existe a possibilidade de, em caso de guerra declarada, haver a sua utilização. Trata-se de uma situação excepcional, porém perfeitamente possível.

A declaração de guerra se dá apenas entre Estados soberanos. Portanto, para que haja a aplicação da pena de morte, o cenário deve envolver uma guerra externa, e não meramente civil, pois, para esta última, não é necessária a declaração para que o Estado possa intervir. Isso também pode ser percebido a partir da leitura do art. 84, XIX, da CF/88, relacionado diretamente à pena de morte. Segundo ele, o Presidente da República apenas poderá declarar guerra "no caso de agressão estrangeira".

Ainda com base no inciso XIX do referido art. 84, a declaração de guerra feita pelo Presidente da República deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou por este referendada, quando do intervalo das sessões legislativas.

De acordo com o art. 56 do Código Penal Militar (CPM), a morte do condenado dar-se-á por fuzilamento. Antes da execução, a sentença deve ser comunicada ao Presidente da República, para que ele possa utilizar-se ou não da chamada *clementia Principis*, espécie de graça concedida ao condenado no sentido de comutar a pena (CF/88, art. 84, XII). Em regra, só depois de sete dias dessa comunicação, a execução poderá ser efetuada.

O CPM traz uma lista de crimes militares cuja pena pode ser a capital. Por exemplo: traição (art. 355), favorecimento do inimigo (art. 356), covardia qualificada (art. 364), fuga em presença do inimigo (art. 365), insubordinação (art. 387) etc.

No Brasil, o Código Criminal do Império chegou a prever a pena de morte. Entretanto, na década de 1850, D. Pedro II a revogou em virtude principalmente da execução do fazendeiro fluminense Mota Coqueiro, morto, como se soube após a execução, de maneira injusta.

Uma constatação há de ser feita: a pena de morte sempre foi (ou é) utilizada por governos totalitários. No caso nacional, a Constituição Federal de 1937 estabelecia tal pena, e não apenas para as situações que envolvessem agressão estrangeira, de modo que ela poderia ser aplicada em vista de vários crimes de natureza política e de homicídios cometidos por

motivo fútil e com requintes de perversidade. A Emenda Constitucional n. 1/1969, por sua vez, também trouxe um emprego menos restrito da pena de morte.

A proibição da pena de morte, por estar inserida no rol dos direitos e garantias individuais (CF/88, art. 5º), sendo, dessa forma, considerada cláusula pétrea (CF/88, art. 60, §4º, IV), não poderá sofrer qualquer tentativa de emenda ou alteração. Essa vedação consiste em verdadeiro escudo contra a exacerbação do direito de punir, devendo, portanto, ser imune a mudanças.

## 2.2 - Penas de caráter perpétuo

As penas de caráter perpétuo estão definitivamente fora do sistema penal brasileiro, segundo a CF/88. É praticamente unânime o entendimento de que esse tipo de pena não traz efeitos positivos para a sociedade e muito menos para os condenados. Os reflexos são totalmente negativos, tais como a manutenção da ociosidade e a transformação do condenado em pária social.

Sabe-se que o retorno ao convívio social é fundamental quando se tem em mente a recuperação do condenado, sendo que é daí que nasce o princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas.

Uma questão que precisa debatida é a que gira em torno das penas que não se caracterizam exatamente pela perpetuidade, mas que são efetivamente longas. Percebe-se que penas excessivamente elevadas geram desestímulo e revolta nos condenados. É necessário que estes cumpram, de fato, a sua condenação; entretanto, a possibilidade de voltarem à sociedade deve sempre existir. Diante disso, o art. 75 do Código Penal brasileiro (CP) dispõe que as penas privativas de liberdades não podem superar 30 anos, tempo máximo de cumprimento.

A existência de trabalhos forçados é possível ou "admissível" num contexto de escravidão. Fora deste, não há qualquer cabimento ou sentido.

Para que se faça satisfatória distinção entre trabalho forçado e laborterapia, que está prevista no CP, é importante compreender a força, a extensão que o adjetivo "forçado" confere à palavra "trabalho". Esse adjetivo dá uma idéia de que o condenado terá que trabalhar nem que seja à base de violência, de socos e pontapés, não havendo, portanto, opção. Ou ele trabalha ou ele apanha. Situação definitivamente desumana.

Já a laborterapia, disposta no art. 39 do CP, oferece ao condenado uma vaga de trabalho remunerado. Repete-se: trabalho remunerado, além dos benefícios oriundos da Previdência Social. E, segundo o art. 29 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), o preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo, sendo que o produto desta remuneração deverá atender: (a) à indenização dos danos causados pelo crime; (b) à assistência familiar; (c) a pequenas despesas pessoais; (d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

Não se pode confundir, por outro lado, trabalho forçado com prestação de serviços à comunidade, porque, apesar de ambos serem exercidos gratuitamente, sabe-se que, na prestação de serviços, não há privação da liberdade de locomoção, mas simples restrição. Além disso, essa prestação possui previsão constitucional e o seu objetivo é justamente evitar que o condenado seja segredo da sociedade, afastado de seus afazeres normais e de sua família. Está, portanto, bem distante das características degradantes comuns aos trabalhos forçados. E uma última peculiaridade da prestação de serviços à comunidade é o fato de ela ser opcional, podendo o condenado recusá-la para sofrer outras espécies de penas.

### **2.3 - Banimento**

A pena de banimento corresponde à "retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude da prática de determinado fato no território nacional". Ou seja, é a extinção da possibilidade de um cidadão conviver entre os seus e em sua terra natal.

Deve-se estar atento à diferença que existe entre o banimento e a extradição, a deportação e a expulsão. Estas três últimas medidas recaem sobre estrangeiros, enquanto que o primeiro sobre nacionais.

No entanto, uma ressalva há de ser feita: o inciso LI do art. 5º da CF/88 dispõe que brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, "em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins".

Dois argumentos colaboram, por fim, para que essa pena não prospere, a saber: (a) não se pode exigir que cidadãos nacionais convivam compulsoriamente com povos estranhos e de cultura diversa; e (b) Estados estrangeiros não devem aceitar um delinqüente em suas terras, fato que colocaria em perigo os seus tutelados.

#### **2.4 - Penas cruéis**

Logo no art. 1º, III, da CF/88, está disposto que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Em seguida, o art. 5º, III, veda a prática de tortura, já que, afinal, o delinqüente não deixa de pertencer ao gênero humano. Têm-se aqui, então, as bases que repudiam as penas manchadas pela crueldade, pelo sofrimento desnecessário.

Casos em que mulheres são postas em celas destinadas a homens, tendo que se prostituírem em troca de comida, demonstram verdadeira ofensa à pessoa humana, situação inconcebível à luz daquilo que a Carta Magna nacional defende e propõe como suas bases, que excluem, de plano, tamanho ultraje.

### 3 - Regimes De Execução Prisional No Brasil<sup>14</sup>

Com a Lei n. 7029/84, são os regimes determinados pela espécie e quantidade de pena aplicada e pela reincidência, juntamente com o mérito do condenado, obedecendo a um sistema progressivo (retirou-se a periculosidade como um dos fatores para escolha do regime).

#### 3.1 - Espécies de Regime

No regime fechado, o condenado cumpre a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária) – art. 33, §1o, a, CP – ficando sujeito a isolamento no período noturno e trabalho no período diurno (art. 34, §1o), sendo que este trabalho será em comum dentro do estabelecimento, de acordo com as suas aptidões, desde que compatíveis com a execução de pena (art. 34, §2o); não pode freqüentar cursos de instrução ou profissionalizantes, admitindo-se o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas (art. 34, §3o), devendo-se, porém, tomar todas as precauções para se evitar a fuga.

Por sua vez, no regime semi-aberto, o condenado cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, 1o, b, CP), ficando sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno (art. 35, §1o, CP), podendo ainda realizar trabalho externo, inclusive na iniciativa privada, admitindo-se também a freqüência a cursos de instrução ou profissionalizantes (art. 35, §2o, CP).

De acordo com o art. 36, caput, CP, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado – isto porque ele somente ficará recolhido (em casa de albergado ou estabelecimento adequado) durante o período noturno e os dias de folga, devendo trabalhar, freqüentar curso ou praticar outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância (art. 36, §1o, CP); se, porém, frustrar os fins da execução penal ou praticar fato definido como crime doloso, haverá regressão do regime (art. 36, §2o, CP).

Algumas linhas merecem ser ditas sobre a prisão domiciliar: constitui uma das espécies do regime aberto, juntamente com a prisão-albergue e a prisão em estabelecimento adequado (arts. 33, §2o, c, do CP e 117 da LEP). Por ser uma exceção, somente é cabível nas hipóteses taxativas do referido art. 117 (condenado maior de setenta anos ou acometido de

grave doença, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante), já tendo o STF se posicionado neste sentido, não bastando, por conseguinte, a simples inexistência de casa de albergado para a sua concessão, devendo-se, neste caso, assegurar ao preso o trabalho fora da prisão, com recolhimento noturno e nos dias de folga. Preceitua o art. 37, CP, ao tratar do regime especial, que as mulheres deverão cumprir a pena em estabelecimento próprio, considerando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e as demais regras vistas, no que couber.

### **3.2 - Regime Parcial**

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena é de competência do juiz da condenação; caberá, todavia, ao juiz da execução a progressão/regressão do regime, devendo decidir de forma motivada. Para se determinar qual o regime inicial, deverá o juiz levar em consideração a natureza e quantidade da pena e a reincidência, bem como os elementos do art. 59, CP.

O §2o do art. 33 do CP dispõe que: a) “o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”. Lógico que somente se refere à pena de reclusão, pois, como anteriormente visto, esta pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto, enquanto que a detenção somente pode ser nos dois últimos regimes, salvo necessidade de regressão.

O artigo supramencionado, dispõem, também, que “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” aplica-se apenas à reclusão, uma vez que a pena de detenção superior a quatro anos, tratando-se de condenado reincidente ou não, somente poderá iniciar-se no regime semi-aberto (não há uma faculdade), enquanto que a pena de reclusão maior que quatro anos poderá iniciar-se no regime fechado ou semi-aberto, a depender de o condenado não ser reincidente e do que os elementos do art. 59 indicarem.

Por fim, “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”. Aplica-se às penas de reclusão e de detenção: se ele for reincidente e a pena for de reclusão, o regime será o fechado ou semi-aberto

Se reincidente, mas a pena for de detenção, obrigatoriamente inicia-se no regime semi-aberto (inclusive qualquer que seja a quantidade da pena); se não for reincidente, tratando-se de pena de reclusão, qualquer dos três regimes cabíveis poderá ser o inicial e, se detenção, também qualquer dos dois regimes cabíveis poderá ser o inicial – dependerá dos elementos do art. 59.

### **3.3 - Da Progressão e Regressão de Pena**

Pelo sistema progressivo adotado pelo CP com a Reforma de 84, permite-se ao condenado a conquista gradual da liberdade, durante o cumprimento da pena, tendo em vista o seu comportamento, de forma que a pena aplicada pelo juiz não será necessariamente executada em sua integralidade. Na progressão, passa-se de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso; na regressão, ocorre o inverso, sendo que, neste caso, pode-se passar diretamente do regime aberto para o fechado, o que não acontece com a progressão (do fechado tem que ir para o semi-aberto, nunca diretamente para o aberto).

Para que ocorra a progressão de regime, é necessário o preenchimento de certos requisitos: cumprimento de um sexto da pena no regime anterior; mérito do condenado (demonstração de que ele tem condições de ir para um regime menos severo); exame criminológico; parecer da Comissão Técnica de Classificação.

No caso de regime aberto, deve-se atentar ainda para o art. 114 da LEP, o qual estabelece que deve o sentenciado estar trabalhando ou ter possibilidade de vir a fazê-lo e que ele deve apresentar sinais que façam presumir que terá autodisciplina e senso de responsabilidade.

Segundo o art. 118 da LEP, haverá a regressão de regime sempre que o apenado cometer um crime doloso ou falta grave (art. 50, LEP) ou quando for condenado por crime anterior, cuja pena, adicionada ao restante daquela que está sendo executada, não permitir o regime atual. Na hipótese de regime aberto, estabelecem os arts. 36, §2o, CP e 118, §1o, LEP a regressão também se o sentenciado frustrar os fins da pena ou se deixar de pagar a pena de multa quando podia fazê-lo. Em todos os casos, ele deverá ser ouvido previamente, salvo quando a regressão seja consequência da condenação por crime anterior.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência sobre qual o tratamento aplicável aos crimes hediondos quanto à progressão de regime. Preceitua o art. 2o, §1o, da Lei n. 8072/90 que a pena por tais crimes deverá ser cumprida integralmente em regime fechado: para muitos, seria inconstitucional, pois feriria o princípio da individualização da pena; para outros, é constitucional, uma vez que a CF atribuiria à legislação ordinária a especificação da forma de cumprimento das penas.

Reacendeu-se a discussão com o advento da Lei n. 9455/97, a qual estabelece que a pena pelo crime de tortura deverá ser cumprida inicialmente em regime inicial fechado – alguns entendem isto prevalece apenas para o crime de tortura, o qual receberia um tratamento diferente por estar em lei específica; outros defendem ser incoerente a distinção do tratamento, uma vez que a CF equipara, quanto à sua danosidade social, os crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo (art.5o, XLIII), daí porque deve preponderar a regra do sistema progressivo da Lei n. 9455/97 (interpretação extensiva da lei mais benéfica), podendo ser aplicada inclusive retroativamente.

### **3.4 - Detração, Trabalho Prisional e Remição**

Pela detração penal, desconta-se no tempo da pena ou medida de segurança aplicada o período de prisão ou de internação cumprida antes da condenação. O art. 8º do CP preceitua que a pena privativa de liberdade cumprida no estrangeiro é computada na pena privativa de liberdade a ser cumprida no país.

Dispõe o art. 42, CP, que pode ser computado o tempo da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro (prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível), o de prisão administrativa (decorrente de infração disciplinar ou de infração praticada por particular contra a Administração Pública; quanto à prisão civil, há divergências) e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado.

O trabalho do preso é um direito-dever que visa a diminuir os efeitos criminógenos da prisão, com finalidade educativa e produtiva; a ele não se sujeita o preso provisório ou por crime político, os quais, contudo, se quiserem trabalhar, terão os mesmos direitos dos demais. A jornada diária não pode ser inferior a seis horas ou superior a oito, com

folga aos domingos e feriados; a remuneração deverá ser, no mínimo, de três quartos do salário mínimo, assegurando-se todos os benefícios da Previdência Social (art. 39, CP), inclusive a aposentadoria.

De acordo com a LEP, a remuneração servirá para: indenização civil determinada judicialmente; assistência à família; ressarcimento ao Estado pelas despesas com a manutenção do apenado, proporcionalmente; o saldo restante deverá ser depositado em caderneta de poupança. A remição permite o abatimento de parte da pena a ser cumprida pelo trabalho realizado dentro da prisão. Ela ocorre na forma de três dias de trabalho por um dia de pena, e é considerada tanto para fins de livramento condicional quanto para indulto; entretanto, se o apenado for punido por falta grave, perderá o tempo remido.

Continuando com o assunto em pauta, abordar-se-á no próximo capítulo o a finalidade do processo penal no Brasil descrevendo seus princípios.

### **III - DA FINALIDADE DO PROCESSO PENAL<sup>15</sup>**

A finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal.

Em suma, a realização do direito penal objetivo. Incidindo sobre uma situação concreta, "o Estado, no processo, torna efetiva, através dos órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos." Para solucionar com exatidão o litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal.

No Brasil, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora se assegure ao ofendido o direito à ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente - juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX).

A doutrina tem procurado distinguir certos princípios característicos do processo penal moderno, principalmente no que se refere ao sistema acusatório. Tais princípios, porém, não são exclusivos desse sistema e a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam. Podemos citar alguns princípios básicos do processo penal:

#### **1 – Principios Do Processo Penal**

##### **1.2 - Princípio do estado de inocência**

Como consequência direta do princípio do devido processo legal, instalou-se na doutrina e nas legislações o denominado princípio da "presunção de inocência." De

acordo com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarado culpado, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 2 de maio de 1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

Nesses termos, haveria uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença condenatória irrecurável o declarasse culpado. Entretanto, passou-se a questionar tal princípio que, levado às últimas conseqüências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta a sentença irrecurável não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa, seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva.

Assim, melhor é dizer-se que se trata do "princípio de não culpabilidade". Por isso, a nossa Constituição Federal não "presume" a inocência, mas declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Não se impede, assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado.

Dessa forma, ao contrário do que já tem se afirmado, não foram revogados pela norma constitucional citada os dispositivos legais que permitem a prisão provisória, decorrentes de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível e decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos (busca e apreensão, seqüestro, exame de insanidade mental etc.). Aliás, a prisão provisória é admitida pela Carta Magna quando prevê os institutos processuais da prisão em flagrante e por mandado judicial (art. 5º, LXI), da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI) etc.

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa.

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2, da Convenção).

Diante do disposto na norma constitucional acima referida ficaram evidentemente revogados os artigos 393, II, e 408, § 1º, do Código de Processo Penal, no que se relacionam com a inscrição do nome do réu no rol dos culpados em decorrência de sentença condenatória recorrível ou pronúncia, respectivamente.

## **1.2 - Princípio do contraditório**

Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes.

É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade, nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes.

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.

A lei processual regulamenta o princípio do contraditório em dispositivos pelos quais o acusado, ainda que ausente ou foragido, não pode ser julgado sem defensor; deve ser citado para o processo, notificado para os atos processuais e intimado das decisões;

pode arrolar o mesmo número de testemunhas que o acusador etc. A preterição desses direitos constitui nulidade, conforme o disposto no art. 564, III, c, e, f, g, h, l, o, do CPP.

Indispensável em qualquer instrução criminal, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial que não é, em sentido estrito, "instrução", mas colheita de elementos que possibilitem a instauração do processo. A Constituição Federal apenas assegura o contraditório na "instrução criminal" e o vigente Código de Processo Penal distingue perfeitamente esta (arts. 394 a 405) do inquérito policial (arts. 4º a 23), como, aliás, ocorre na maioria das legislações modernas.

### **1.3 - Princípio da verdade real**

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, de ofício, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

No processo penal brasileiro o princípio da verdade real não vige em toda a sua inteireza. Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real.

#### **1.4 - Princípio da oralidade**

Pelo princípio da oralidade as declarações perante os juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral, ao contrário do procedimento escrito. Como consequência desse princípio se compreende a necessidade da concentração, que consiste em realizar-se todo o julgamento em uma ou poucas audiências a curtos intervalos, como ocorre, por exemplo, em parte, no julgamento perante o Tribunal do Júri ou nas Cortes de 2º e 3º grau.

Na nossa legislação processual penal ainda se mantêm as regras do procedimento escrito, com pálidos episódios decorrentes da oralidade e concentração. Uma importante exceção foi introduzida com o estabelecimento do rito sumaríssimo para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei nº 9.099/95).

O Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do juiz, nem mesmo nos processos sumários, em que há certa concentração e imediatidade. Quando o art. 538, § 2º, alude ao juiz que "logo em seguida proferirá a sentença", quis se referir ao juiz como órgão do poder jurisdicional, pouco importando qual seja a pessoa física do magistrado no momento.

#### **1.5 - Princípio da publicidade**

A publicidade é uma garantia para o indivíduo e para a sociedade decorrente do próprio princípio democrático. O princípio da publicidade dos atos processuais, profundamente ligado à humanização do processo penal, contrapõe-se ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitório.

Em nosso direito e foi elevado à categoria constitucional pelo artigo 5º, LV, da Carta Magna:

"A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

No mesmo sentido, dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (art. 93, IX) e que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII).

A regra geral da publicidade dos atos processuais está em correspondência com os interesses da comunidade, sendo considerada um freio contra a fraude, a corrupção, a compaixão e as indulgências fáceis. O procedimento secreto revela o temor da justiça à crítica do povo, não garante ao acusado o direito de defesa e cria um regime de censura e irresponsabilidade.

Segundo a doutrina, a publicidade apresenta dois aspectos: a publicidade geral, plena (publicidade popular), quando os atos podem ser assistidos por qualquer pessoa, e a publicidade especial, restrita (publicidade para as partes), quando um número reduzido de pessoas pode estar presente a eles. Pode ela ser imediata, quando se pode tomar conhecimento dos atos diretamente, ou mediata, quando os atos processuais só se tornam públicos através de informe ou certidão sobre sua realização e conteúdo.

A publicidade absoluta pode acarretar, às vezes, sérios inconvenientes com prejuízos sociais maiores do que a restrição do princípio (sensacionalismo, desprestígio do réu ou da própria vítima, convulsão social etc.). Por isso as ressalvas constitucionais quanto à publicidade ampla, para a defesa "da intimidade e do interesse social", do "interesse público" e do sigilo imprescindível "à segurança da sociedade e do Estado".

O poder conferido ao legislador ordinário de restringir a publicidade dos atos processuais, entretanto, diz respeito principalmente à publicidade popular. São legítimas as restrições previstas no Código de Processo Penal nos artigos 792, § 1º ("Se da publicidade da audiência da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave

ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes"), 476, 481, 482 (votação dos jurados no Tribunal do Júri) etc.

Justifica-se, também, pelas ressalvas constitucionais, a retirada do réu da audiência quando o juiz verificar que a sua presença poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento (art. 217 do CPP), o sigilo dos registros da reabilitação (art. 748 do CPP), após o cumprimento ou extinção da pena (art. 202 da LEP) ou durante o sursis (art. 163, § 2º, da LEP). Quanto ao julgamento secreto, após os debates públicos, dos processos referentes a acusados com foro por prerrogativa de função (art. 561, VI, do CPP), o sigilo não mais se justifica. No inquérito policial, de natureza inquisitória necessária às investigações policiais, a autoridade policial deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20 do CPP).

### **1.6 - Princípio da obrigatoriedade**

Por ser praticamente indispensável que os delitos não fiquem impunes (*nec delict meneant impunita*), no momento em que ocorre a infração penal é necessário que o Estado promova o *jus puniendi*, sem que se conceda aos órgãos encarregados da persecução penal poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado Juiz.

O princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade) que vigora entre nós, obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão ao Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º e 24 do CPP). Tal princípio, o mais difundido nas legislações modernas, contrapõe-se ao princípio da oportunidade, em que o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, uma discricionariedade da utilidade tendo em vista o interesse público.

Funda-se este na regra mínima *non curat praetor*, ou seja, o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando

verificar que do exercício da ação penal podem advir maiores inconvenientes que vantagens. Sempre dentro de alguns limites, adotam este princípio a França, a Alemanha, a Noruega etc. No país, o princípio da oportunidade está reservado às ações privadas e as públicas dependentes de representação e requisição do Ministro da Justiça.

A nova Constituição Federal, ao permitir a criação de juizados especiais (entre eles o chamado "de pequenas causas"), para a apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo a transação, não instituiu o princípio da oportunidade nas ações penais públicas uma vez que tal instituto se refere somente à possibilidade de composição entre as partes, nos termos da lei, após a propositura do processo penal. Segundo os arts. 74 e 76 da Lei n° 9.099/95, entretanto, a composição e a transação antecedem a possibilidade de oferecimento da denúncia, mitigando, assim, o princípio da obrigatoriedade.

### **1.7 - Princípio da oficialidade**

Como a repressão ao criminoso é função essencial do Estado, deve ele instituir órgãos que assumam a persecução penal. E o princípio da oficialidade, de que os órgãos encarregados de deduzir a pretensão punitiva sejam órgãos oficiais.

No nosso país, em termos constitucionais, a apuração das infrações penais é efetuada pela Polícia (art. 144 da CF e art. 4° e ss do CPP), e a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I, da CF), seja ele da União ou dos Estados (art. 128, I e II, da CF). Como órgãos oficiais encarregados da repressão penal, a Polícia e o Ministério Público têm autoridade, ou seja, podem determinar ou requisitar documentos, diligências ou quaisquer atos necessários à instrução do inquérito policial ou da ação penal, ressalvadas as restrições constitucionais.

O princípio da oficialidade, porém, não é absoluto, prevendo-se, como exceção, a ação penal privada, promovida pelo próprio ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo, tanto nos crimes que se apuram exclusivamente mediante queixa (art. 30, do CPP), quanto na ação privada subsidiária (art. 5°, LIX, da CF, e art. 29 do CPP).

Como a nova Constituição Federal não agasalhou emenda no sentido de instruir a chamada ação penal popular e, ao contrário, instituiu a exclusividade do Ministério Público na ação penal pública, ficou revogado o art. 41 da Lei nº 1.079, de 10-4-1950, que possibilitava a iniciativa de qualquer do povo nos crimes de responsabilidade praticados por Ministros do STF e Procurador Geral da República.

### **1.8 - Princípio da indisponibilidade do processo**

Do princípio da obrigatoriedade decorre o da indisponibilidade do processo, que vigora inclusive na fase do inquérito policial. Uma vez instaurado este, não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado. A lei processual prevê prazos para a conclusão do inquérito no artigo 10 do CPP (10 dias se o indiciado estiver preso e 30 dias quando estiver solto) e proíbe a autoridade mandar arquivar os autos (art. 17 do CPP).

Mesmo quando o membro do Ministério Público requer o arquivamento de um inquérito policial, a decisão é submetida ao Juiz, como fiscal do princípio da indisponibilidade, que, discordando das razões invocadas, deve remeter os autos ao chefe da Instituição (art. 28). Além disso, se proíbe que o Ministério Público desista da ação penal já instaurada (art. 42 do CPP) ou do recurso interposto (art. 576 do CPP), e o juiz pode condenar o réu mesmo na hipótese de pedido de absolvição por parte do Ministério Público (art. 385).

O princípio da indisponibilidade do processo não cabe na ação penal privada (renúncia, desistência, perdão, perempção etc.) e a ação penal pública dependente de representação permite a retratação antes do oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP).

### **1.9 - Princípio do juiz natural**

Outro princípio do processo é o do juiz natural ou do juiz constitucional, ou seja, de que o autor do ilícito só pode ser processado e julgado perante o órgão a que a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a competência para o julgamento. De acordo com a nova Constituição Federal, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, LIII) e "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5º, XXXVII).

Prevê ela, então, quais são os órgãos jurisdicionais, federais ou estaduais, comuns ou especiais, competentes para a apreciação das ações, inclusive penais (arts. 92 a 126). Dentro da Jurisdição competente, pode o legislador ordinário estabelecer normas destinadas a regular a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que compõem cada uma dessas justiças, mas não lhe é lícito atribuir a uma outra a competência para o processo e julgamento de infrações penais desrespeitando a prévia demarcação constitucional que separa as funções das justiças especiais e da justiça comum. Além disso, não pode a lei criar órgãos jurisdicionais nem dignar magistrados especiais para o julgamento de pessoas ou fatos determinados.

Não prevê a Carta Magna, porém, como ocorre em alguns países, o princípio da anterioridade quanto ao juiz natural, de tal sorte que é possível a criação de um juízo ou tribunal autorizado pela Constituição (como os juizados especiais previstos no artigo 98, I) para julgar fatos ocorridos antes de sua criação. Assim, para evitar-se em nosso ordenamento jurídico juiz *ex post factum*, estabelecendo-se de fato o princípio da anterioridade quanto ao juiz natural, torna-se imperiosa a existência de uma lei geral e abstrata que delimite sua competência antes da ocorrência do fato.

Não estão aí incluídas, porém, não violando o princípio do juiz natural, as modificações de competência, as substituições, o desaforamento e a prorrogação de competência previstas em lei, desde que obedecidos os parâmetros constitucionais.

### **1.10 - Princípios da iniciativa das partes e do impulso oficial**

Sendo o direito de ação penal o de invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado é evidente que deve caber à parte ofendida a iniciativa de propô-la, não se devendo conceder ao juiz a possibilidade de deduzir a pretensão punitiva perante si próprio. Assim, cabe ao Ministério Público, representante do Estado-Administração, propor a ação penal pública (art. 24 do CPP) e ao ofendido ou seu representante legal a ação privada (arts. 29 e 30, do CPP), no que se denomina de princípio da iniciativa das partes.

As exceções a esse princípio, anteriormente previstas na legislação processual quanto ao procedimento penal de ofício nas contravenções (arts. 531 e ss do CPP) e nos crimes de homicídio e lesões corporais culposas (Lei nº 4.611, de 2-4-65) foram excluídas

do direito pátrio pelo artigo 129, I, da nova Constituição Federal, que atribui com exclusividade ao Ministério Público a iniciativa na ação penal pública.

Do princípio da iniciativa das partes decorre como consequência que o juiz, ao decidir a causa, deve cingir-se aos limites do pedido do autor (MP ou ofendido) e das exceções deduzidas pela outra parte (réu), não julgando sobre o que não foi solicitado pelo autor. O julgamento fora do pedido viola o princípio citado.

Proposta a ação penal por iniciativa da parte, passa-se a desenvolver o processo, de um ato processual a outro, segundo a ordem do procedimento, até que a instância se finde. A fim de se assegurar essa continuidade, essa passagem de um ato processual a outro, é necessário o que se denomina impulso processual, ou ativação da causa, que, em nosso direito, é regido pelo princípio do impulso oficial ou de ofício.

Assim, embora a iniciativa na produção das provas pertença às partes, incumbe ao juiz, segundo o CPP, "prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos" (art. 251), "determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante" (art. 156), determinar exame complementar (art. 168), formular quesitos nas perícias em geral (art. 176), proceder novo interrogatório (art. 196) etc. Com o impulso oficial impede-se a paralisação do procedimento pela inércia ou omissão das partes, caminhando-se para a resolução do litígio de forma definitiva, que é o objetivo do processo, a que obriga o princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal.

### **1.11 - Outros princípios do processo e do procedimento**

No sentido deontológico, ou seja, no plano do ideal, do dever ser, apontam-se quatro princípios: a) lógico, pelo qual se deve escolher os meios mais seguros e rápidos na procura e descoberta da verdade; b) jurídico, para proporcionar às partes igualdade na demanda e justiça na decisão, com vistas à declaração da vontade concreta da lei, que é a finalidade do processo; c) político, possibilitando-se a máxima garantia social dos direitos com o mínimo sacrifício individual de liberdade, atribuindo-se força para o processo no sistema de equilíbrio dos poderes do Estado e da garantia de direitos da pessoa; e d) econômico, evitando-se que o processo seja tão dispendioso a ponto de comprometer o seu objeto ou discriminar os poderes na obtenção da justiça.

Como o procedimento está estruturado com uma sucessão lógica e ordenada de atos, a fim de se caminhar para seu fim, a sentença que comporá a lide, pelo princípio da ordem consecutiva legal, deve sempre ser obedecida após cada ato processual a alternativa prevista em lei, não se admitindo também o retorno a fases ultrapassadas em relação às quais ocorre a preclusão.

Fala-se ainda no princípio da economia processual, que preconiza a escolha entre duas alternativas, a menos onerosa às partes. Não significa isto que se suprima atos previstos no rito processual estabelecido na lei, mas possibilidade de se escolher a forma que causa menos encargos. O legislador, por exemplo, prevê a possibilidade de rejeição da denúncia na hipótese de considerar satisfatória a defesa preliminar do funcionário público prevista pelo art. 514, a conservação dos atos processuais não decisórios no que se refere a nulidades etc.

Há que se falar, também, do princípio do duplo grau de jurisdição, que dá maior certeza à aplicação do direito pelo reexame da causa. Embora não previsto expressamente pela Constituição Federal, decorre ele do próprio sistema constitucional, que prevê a competência dos tribunais para julgar "em grau de recurso" determinadas causas. Em princípio, pois, as decisões são passíveis de recurso para um grau mais elevado de jurisdição, não se podendo suprimi-lo se houver fundamento jurídico que o sustente. A regra comporta exceções, como nas hipóteses de competência originária dos tribunais, em que não se prevê possibilidade de recurso ordinário.

Por fim, deve-se também aludir às garantias processuais. Por dispositivo constitucional está prevista a da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), considerando-se como seus meios inerentes:

- a) ter conhecimento claro da imputação;
- b) poder apreender alegações contra a acusação;
- c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova;
- d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133, da CF).

## 2 - Da Lei De Execução Penal (Lei 7.210/1984)<sup>16</sup>

A Lei de Execuções Penais, quando se fala de proteção aos Direitos Humanos, tendo uma amplitude maior, pois, ela não protege somente o direito do detento mas a própria integridade do ser humano com o fim principal de reinseri-lo na sociedade e para combater a criminalidade de forma humana e adequada.

Os direitos humanos do preso são, muitas vezes, ignorados pela sociedade que o quer ver excluído e punido pelo mal que cometeu a ela própria. Contudo, não é por ter cometido um crime ou delito que ele deixou de ser humano. Assim, imbuída desse espírito humanístico, nasceu em 1984 a Lei de Execuções Penais que vem disciplinar o cumprimento da pena previamente estabelecida em sentença ou decisão judicial.

A lei nº 7.210/1984, a lei de execuções penais, em seu primeiro artigo esclarece que é a integração social do preso um dos seus principais objetivos, já que não basta a punição do preso para combater o crime, pois, um dia este retornando e não estiver devidamente ressocializado, poderá reincidir na criminalidade. A dignidade da pessoa humana, assim, é a chave mestra, devendo ser respeitada quando se executa uma pena. No art.3. §único, ao declarar que não haverá distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, o legislador toda pessoa à ser tratada de forma igual, sem predileções ou regalias ao ser executada sua pena pelo Estado.

A individualização da pena também é uma caracterização do respeito à dignidade humana. Não se pode pôr em um mesmo espaço físico pessoas com vida pregressa criminal totalmente díspares. Ou seja, um réu primário nunca deverá ser aprisionado na mesma cela que um reincidente contudente que cometeu centenas de crimes hediondos. Assim, ao classificar o condenado, o legislador e, posteriormente, o juiz da execução penal, estão respeitando a individualidade do ser humano, um dos direitos humanos fundamentais elencados pela nossa Constituição Federal de 1988.

A responsabilidade de assistência ao condenado ainda é, por essa lei, unanimemente estatal, senão vejamos:

“Art. 10- A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

Várias são as modalidades de assistência: material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso. Destaca-se na assistência educacional a obrigatoriedade do ensino fundamental de primeiro grau pelo sistema escolar da unidade federativa, isto é, pelo governo Estadual.

A responsabilidade pela integridade física e moral dos condenados é, conforme o art.40, das autoridades que estão direta ou indiretamente ligadas à execução penal. Qualquer tipo de ilegalidade ou abuso cometido por essas autoridades deverá ser, indistintamente, julgadas e punidas para que haja o respeito a todo e qualquer direito humano fundamental.

Os direitos do preso são enumerados também na lei, no seu art.41. Dentre os dezesseis, três, pelo contexto atual, são postos em destaque. O primeiro é a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo. Ora, nesse direito, defende-se a integridade moral do condenado que, na grande maioria dos casos, é dilacerada pela imprensa que julga antecipadamente, sem qualquer critério e movida exclusivamente pela emoção.

O segundo direito é o chamamento nominal. Em uma época em que a individualidade é colada de lado em detrimento de seqüência de números que identifica um cidadão, esse direito é questionável. Será que o nome é um direito humano fundamental? A resposta, sem sombra de dúvida, é afirmativa, haja vista que o nome é um símbolo que individualiza a pessoa a certo ponto que quando este é em parte subtraído as características da personalidade dessa pessoa são atingidas. Em alguns casos, a pessoa pode até perder toda a sua identidade.

Outro direito é o do 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. Este, além de proteger o direito de informação do próprio condenado, quis assegurar as condições necessárias para a sua reintegração na vida social após o cumprimento de sua pena. Está atualizado com o mundo moderno, incontestavelmente, é um requisito para uma melhor reintegração à sociedade.

Com a finalidade de proteção a integridade física do condenado inúmeras são as disposições que disciplinam as condições para a execução da pena, tais como:

- a) É vedado o emprego de cela escura;
- b) O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade;
- c) Salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Por fim, ao analisar todo o corpo legal da Lei de Execução Penal, fica notório que a dignidade da pessoa humana é robustamente albergada em seus artigos, e em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Contendo em suas disposições legais em especial, o art. 199 que ratifica a proteção da dignidade humana em todas as condutas sócias quando afirma que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Uma conduta que é considerada por muitos como apenas uma simples rotina das autoridades policiais pode denegrir significativamente a dignidade da pessoa humana quando usada de forma equivocada, precisando de um decreto federal para disciplinar tal conduta.

Não ficando, portando, ao livre arbítrio das autoridades policiais o uso de tal objeto vigente Lei de Execução Penal é reconhecida como instrumento legal moderno e de razoável racionalidade. Entretanto, como obra humana, certamente que está longe da perfeição, fazendo-se necessária uma adequação constitucional, tendo em vista que o sistema político sofreu sensível alteração em período posterior à sua entrada em vigor.

Na busca de aperfeiçoamento e aprimoramento da Execução Penal existe amplo projeto de reforma, que foi implementado apenas em parte:

Tais como a dispensa de exame criminológico e a instituição do regime disciplinar diferenciado, como será visto na seqüência.

### **2.1 - Progressão de regime e exame criminológico**

O sistema penal brasileiro consagra o regime progressivo no cumprimento da pena. Os critérios para a progressão estão delimitados no artigo 112, da Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal), cujo Capítulo I, do Título II, regulamenta a "Classificação", dispondo o artigo 5º: "Os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes, para orientar a

individualização da execução penal". Pela classificação, a lei concretiza os princípios constitucionais da igualdade, personalidade e proporcionalidade.

De acordo com o artigo 6º, essa Classificação deve ser feita por uma Comissão Técnica interdisciplinar, cujo trabalho, além da finalidade de individualização da pena, é destinado, também, a fornecer elementos para que as autoridades decidam sobre progressões e regressões do regime prisional, conversões de penas, livramento condicional etc. Para a concessão do livramento condicional, o Código Penal (art. 83) condiciona à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Resumindo: em um primeiro momento, o exame tem por objetivo a individualização da execução, devendo ser, então, realizado logo após o ingresso do condenado na instituição penitenciária, ocasião em que a Comissão Técnica de Classificação deve colher os subsídios para se determinar a medida mais adequada para cada indivíduo recluso; posteriormente, os exames criminológicos, realizados no curso da execução, têm como escopo aferir a personalidade, a conduta social, os antecedentes e o comportamento carcerário do sentenciado. São feitos por um corpo técnico especializado e multidisciplinar, composto por psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

A Lei 10.792/03 deu nova redação aos artigos 6º e 112 Lei 7.210/84, dispensando o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, para as progressões e regressões de regime, as conversões de pena, livramento condicional, indulto e comutação. Fica mantida a exigência de exame para classificação, que deve ser realizado ao início da execução, embora se deva registrar que esse exame não tem sido feito, na prática.

O sistema progressivo, adotado pelo Código Penal e explicitado pela Lei de Execução Penal sofreu profundas alterações decorrentes da nova redação, pois se exclui de forma expressa o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico. Contudo, não se modifica o aspecto objetivo, vale dizer, para progredir, o condenado deverá ter cumprido ao menos 1/6 da condenação, e os aspectos relacionados ao mérito são substituídos, apenas, pelo ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Não definiu a Lei o que seja o bom comportamento carcerário.

## **2.2 - Regime disciplinar diferenciado**

A Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, como resposta ao surgimento de rebeliões ou sob a alegação da existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios, instalou presídios de segurança máxima, aumentou o poder dos diretores de penitenciárias e editou a Resolução SAP n. 26, de 04.05.2001, que instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD). Esse regime prevê sanção disciplinar, consistente no isolamento em cela própria, por 180 dias, com direito a banho de sol de uma hora e duas horas semanais destinadas a visita, aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico (art.1º).

Em seguida, no âmbito federal, surgiu a Medida Provisória n. 28/02, com o mesmo objetivo, mas que teve curta duração, por não haver sido convertida em lei pelo Congresso. O Governo Federal apresentou, então, projeto (n. 5.073/2001) que deu origem à já referida Lei n. 10.792/2003, que, no respeitante a essa matéria, modificou os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60, da Lei 7.210/84 (LEP), introduzindo o referido regime disciplinar diferenciado.

O texto aprovado adota o regime paulista, agravando-o, pois prevê 360 dias de isolamento, desde o início, com a possibilidade de reiteração, até o limite de um sexto da pena aplicada (art. 52,I). Pode incluir até mesmo os presos provisórios (art. 52, §§ 1º e 2º), situação por demais gravosa, tendo em vista que se trata de presos não condenados, portanto, presos sob regime inteiramente cautelar.

## **2.3. - Quando ao exame criminológico**

Há manifestações no sentido de que o exame criminológico não pode ser dispensado. Primeiro porque também o Código Penal, nos artigos 33 e 59, refere-se ao mérito do condenado, para fixação do regime e dosagem da pena, respectivamente, cujos dispositivos não foram alterados pela Lei comentada. Além desse argumento, ressalta-se a necessidade de ser feito o exame inicial, para fins de classificação e individualização da execução da pena, tal como preconiza a Lei de Execução Penal, recepcionada, nessa parte, pela Constituição

Federal, da mesma forma que se torna imprescindível o exame no curso do processo executório.

Aliás, essa corrente é enfática em sustentar que a modificação não se aplica no caso de livramento condicional ao condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, tendo em vista a regra contida no parágrafo único, do artigo 83, do Código Penal, em que a concessão fica subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, cuja aferição continua a depender do exame criminológico.

Argumenta-se, ainda, que, com a vigência da nova lei, os atos praticados até então, dentre eles o exame criminológico, não devem ser desconsiderados, porquanto o legislador deixou claro que a Lei de Execução Penal é uma lei adjetiva, não havendo como distingui-la, no tocante à tramitação processual, de outra lei da mesma natureza, cuja aplicação só pode ocorrer a partir de sua vigência; não pode, pois, a nova lei retroagir, para desconstituir atos processuais já realizados, sob pena de se torná-la inaplicável, uma vez que seria obrigatória a desconstituição de todos os atos até então realizados, causando verdadeiro tumulto processual. Assim os velhos pedidos seguem as velhas regras e os novos as novas.

Mesmo com a modificação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, "o juiz pode determinar o exame criminológico quando o preso tiver praticado crime doloso com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, se houver necessidade de ser aferido o mérito do condenado".

Nesse caso, a decisão estará escorada no artigo 33 § 2º, do Código Penal, que "de forma genérica", diz que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva e segundo o mérito do condenado; também porque o artigo 83, parágrafo único, do mesmo Código, para concessão do livramento condicional ao condenado por crime doloso, cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, exige a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, cuja prova depende de exame criminológico.

Sustenta-se, também, que não houve qualquer mudança no que concerne à necessidade de demonstração, por exame criminológico, de condições pessoais que façam presumir que o condenado não voltará a delinquir, quando a condenação for decorrente de

crime doloso praticado com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (art. 83, parágrafo único, do Código Penal).

No entanto, indo mais além, defende-se a inaplicabilidade do novo diploma para a concessão de livramento condicional, mesmo fora dos casos de violência ou grave ameaça, uma vez que, embora tenha sido retirada a atribuição do Conselho Penitenciário em manifestar-se sobre a concessão do livramento condicional (art. 70, I, da Lei de Execução Penal), o artigo 131 do mesmo diploma legal continua a exigir a referida manifestação.

De outro lado, quem aprova a inovação legislativa, isto é, a dispensa do parecer e também do exame criminológico, apóia-se no fato de que os pareceres dos peritos tinham como finalidade apenas dificultar, quando não inviabilizavam, o reconhecimento de direitos, pois, embora não fossem precedidos de estudos efetivos da personalidade do preso, e por mais irracional que fossem suas conclusões, os laudos, em regra, balizavam as manifestações do Ministério Público e as decisões judiciais. Isso porque, geralmente, o preso não tem acompanhamento psicossocial, desde o início da execução, como preconizado pela Lei de Execução Penal, o que os laudos não revelam, da mesma forma que omitem outras deficiências do sistema.

Consideram-se autoritárias e indemonstráveis processualmente tanto as avaliações sobre a personalidade do réu, na fase da aplicação da pena, quanto os exames e prognósticos previstos na Lei de Execução Penal, especificamente aquele referente à não-delinquência, tendo em vista que "a emissão do parecer tem como mérito 'probabilidade', o que por si só em nada poderia justificar a negação de direitos subjetivos, visto serem hipóteses inverificáveis empiricamente", além de não serem submetidas ao contraditório.

No tocante à exigência de juízo de periculosidade, que ainda se mantém no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal, considera-se que decorreu de afoiteza do legislador, o qual, ignorando a ligação entre este estatuto e a Lei de Execução Penal, criou mais uma antinomia no sistema. A desarmonia consiste em que, desde a Reforma Penal de 1984, pretendeu-se se extirpar o critério da periculosidade como centro do sistema de penas, que, todavia, resultou inserida através da subordinação da concessão de livramento condicional à existência de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. Desse modo, a reforma da Lei de Execução Penal, introduzida pela Lei 10.792/03, ora comentada, deveria ter alterado, também, os termos do referido dispositivo do Código Penal,

para harmonizar-se com a alteração promovida, de eliminar o exame criminológico e basear a progressão de regime e o livramento do condenado em seu bom comportamento.

#### **2.4 - Quanto ao regime disciplinar diferenciado**

Ainda quando se restringia ao âmbito estadual, criticou-se o regime diferenciado sob o prisma da constitucionalidade, tendo em vista que a Constituição Federal, não atribui ao Estado a tarefa de legislar, por meio de resolução, sobre matéria penal ou penitenciária. Essa crítica ficou superada com o surgimento da Lei Federal em análise; mas outras objeções foram feitas sobre sua adoção.

Hoje os presos ainda são tratados como cidadãos de segunda categoria e que há entre o preso e a administração penitenciária uma relação especial de sujeição e de poder, "ao invés de uma relação, derivada de uma vigência do Estado de Direito, que implica em direitos e deveres recíprocos". Esse ato normativo fere o artigo 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal (princípios da legalidade e reserva legal). E, por último, mesmo abstraído o aspecto de inconstitucionalidade, esse regime não se mostra suficiente para solucionar os graves problemas do sistema penitenciário. Ao contrário, o maior rigor no isolamento individual, que configura verdadeira "morte em vida", agrava e acelera o processo inevitável de dessocialização, aumentando o risco de violência e desorganização social.

Desse modo, a criação de um regime disciplinar diferenciado não se justifica, a não ser por maior necessidade de vingança, bastando que se cumpra a Lei de Execução Penal. Ainda durante sua tramitação no Congresso, o projeto mereceu repúdio, também, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que o considerou inconstitucional, manifestando-se contrariamente à sua aprovação.

Entretanto, como se pode constatar, o texto aprovado adota o regime paulista, agravando-o, pois prevê 360 dias de isolamento, desde o início, com a possibilidade de reiteração, até o limite de um sexto da pena aplicada (art. 52, I). Pode incluir até mesmo os presos provisórios (art. 52, §§ 1º e 2º), situação por demais gravosa, tendo em vista que se trata de presos não condenados, portanto, presos sob regime inteiramente cautelar. O que deve ser medida excepcional, contém em seu bojo a "exceção das exceções". Trata-se de uma pena cruel, ferindo a Constituição, nos incisos III e XLVII, do art. 5º, que dispõe que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" e que "não haverá penas

cruéis", como também está previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (arts 7º e 10) e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art.5º, 2).

Em sentido contrário, apoiando a legalidade do regime diferenciado, salientou-se que a Lei de Execução Penal contempla, em artigos esparsos (art. 5º, 8º, 41), a exigência de se tratar distintamente àqueles que se encontrem em diferentes situações jurídicas, tanto que, por exemplo, no artigo 41, XII, ao enumerar os direitos dos presos, assevera que "constitui direito do preso: igualdade de tratamento, salvo quanto as exigências da individualização da pena".

De outro lado, afirmou-se que o país precisa de uma política equilibrada, de um regime diferenciado e duro, para enfrentar o crime organizado, como ocorreu, com sucesso, na Itália, onde a Corte Constitucional respectiva não acolheu a argüição de que o regime era violador dos direitos humanos.

Ademais, a classificação serve como ponto de partida para a execução das penas, porque somente com ela é que se pode afirmar, futuramente, se o preso apresenta avanços ou não, para se decidir se pode progredir de regime, se deve permanecer no que se encontra ou se deve regredir; em seguida, a individualização da pena deve servir a uma outra finalidade, que apesar de óbvia, vem sendo desprezada pelo Estado: uma vez identificado o condenado propenso ao cometimento de crimes mesmo após o encarceramento, impedir-lhe de tais práticas, mediante a adoção de regras de convívio diferenciadas daquelas que regem o cotidiano do preso dito comum.

Há, portanto, a necessidade do estabelecimento de um sistema que permita atribuir regras diferentes para indivíduos com potencial agressivo diferenciado, sob pena de a eficácia da execução das penas estar prejudicada, caso em que "o criminoso apenas muda de endereço e continua gerenciando suas atividades a partir do sistema carcerário e com farta mão-de-obra à disposição".

A Lei 10.792/03, que introduziu alterações na 7.210/84, ao lado de um endurecimento de regime, que configura indiscutível retrocesso no aspecto criminológico, paradoxalmente, apresenta alguns avanços no sentido de adequação constitucional (garantismo) e, por conseguinte, como será comentado a seguir, pode resultar em tanto em maior racionalidade como em eficácia.

Em primeiro lugar, constata-se que a reforma se pauta pela jurisdicionalização, pelo menos no tocante a essa nova medida que introduziu ao sistema; a inclusão de condenado ou preso provisório no regime criado depende de requerimento motivado do diretor do estabelecimento, seguindo-se as manifestações do Ministério Público e da Defesa, e, só depois delas, a decisão judicial. Não basta o entendimento de que o preso necessita ser incluído no regime disciplinar diferenciado. A pretensão deverá ser convenientemente deduzida, formando-se processo judicial (incidente à execução). Evita-se, pois, que a autoridade administrativa decida a respeito de tão grave situação.

Além de afirmar-se a jurisdicionalização, atende-se às exigências dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como se verifica em relação ao artigo 54, § 2º, que determina a manifestação do Ministério Público e da defesa, acerca da inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD) e artigo 112 § 1º, que prevê igual providência antes da decisão judicial a respeito da progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena.

Todavia, mantém-se o sistema de "jurisdição sem ação", ou seja, não se compatibiliza com o texto constitucional, quanto ao aspecto relativo ao sistema acusatório. O sistema ainda se pauta pelo procedimento *ex-officio*, porquanto dependente a iniciativa apenas de simples representação da autoridade administrativa, que sem possuir a capacidade postulatória, dirige-se diretamente ao juízo da execução.

Quanto aos posicionamentos doutrinários referentes à reforma, acima colacionados, é interessante constatar duas linhas de entendimento, antagônicas entre si: quem apóia o regime disciplinar diferenciado, é contra a dispensa do exame criminológico e vice-versa. De fato, como se pode conferir nos textos antecedentes, a polarização se estabelece praticamente de acordo com o perfil do sujeito processual; de um lado, identifica-se uma postura mais conservadora e, de outro, revela-se tendência mais progressista.

Afora o inevitável ingrediente ideológico e as divergências doutrinárias, que se apresentam explicitamente e que tanto são inevitáveis como salutares para a busca de aperfeiçoamento, impõe-se reconhecer alguma razão em cada uma das posições externadas.

Uma postura mais conservadora demonstra intransigência no tocante à realização do exame criminológico, inclusive como forma de adiar ou impedir a progressão de regime

prisional, mesmo que seja para não cumprir a lei que o aboliu, "que é contrária ao interesse público".

No entanto, essa corrente nem sempre se mostrou assim tão combativa quando não via a realização do mesmo exame para o fim de classificação do preso e individualização da execução da pena, em sua fase inicial. É mais do que provável que, doravante, haverá firme posicionamento, inclusive mediante ações judiciais, para que seja feito o exame inicial classificatório, não apenas para atender ao seu desiderato originário, mas para ser utilizado, se for caso, em substituição àquele abolido pela reforma.

Mas, o combate à dispensa do laudo mostra-se contraditório nos seguintes pontos. De um lado, refere-se que a Lei de Execução tem natureza processual, por isso não se lhe aplicaria o princípio da anterioridade e nem o da vedação da lei nova mais grave; assim, o regime diferenciado pode se aplicar, tranqüilamente, aos apenados já inseridos no sistema, mesmo com relação a faltas cometidas anteriormente à vigência da nova lei; ainda por se tratar de lei adjetiva, não há que se dispensar as conclusões dos laudos criminológicos já realizados (logicamente, se desautorizarem a progressão).

Mas, de outro lado, embasa-se na lei penal, especificamente nos artigos 33 e 83, do Código Penal, para sustentar-se que, a despeito do texto expresso da nova lei, ainda se pode exigir a realização do exame criminológico, "quando necessário" para aferição do mérito para a progressão do regime. Contudo, esses dispositivos, além de tratar-se de normas penais e não processuais, têm caráter genérico e são anteriores. Assim, sob qualquer ângulo, por tornarem mais gravosa a situação, devem ser rechaçados.

A outra corrente aplaude a dispensa do exame criminológico, pelas razões já expostas, que se resumem em dois aspectos: não serem, normalmente, realizados na prática, por falta de recursos humanos e materiais; apresentarem conclusões de pouca credibilidade, pela má elaboração dos laudos e devido à tendência criminologicamente ultrapassada e algo preconceituosa dos profissionais encarregados.

Quanto ao regime disciplinar diferenciado, os adeptos dessa última corrente dizem, entre outras coisas, que o preso volta a ser considerado objeto da pena e não como sujeito de direitos perante o Estado; que o novo diploma configura um sério golpe contra uma visão constitucional e garantista, enfim, contra uma política defensora dos direitos humanos;

essa política deve incluir a pessoa presa, na medida em que a moderna tendência criminológica afirma categoricamente que a sanção penal não pode afetar o cidadão em sua essência como pessoa, nem em seus direitos mais elementares, não atingidos pela pena.

No meu modo de ver, as objeções, relativamente ao exame criminológico, são procedentes. As críticas em relação aos laudos são antigas e variadas, dizendo-se que eles são sempre iguais, mesmo porque os profissionais (psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais) conseguem dizer das condições pessoais dos condenados com base em brevíssimas entrevistas; chegam, em muitos casos, a conclusões negativas, consistentes no "risco de reincidência", que não é aferível mediante exame e nem constitui tarefa desses profissionais; os laudos devem dizer das condições pessoais dos apenados, quando possível, para que os operadores do direito possam decidir, com base em suas conclusões. E, ademais, o risco de reincidência é requisito apenas para concessão do livramento condicional (art. 83, do Código Penal) e não da progressão do regime (art. 112, da Lei de Execução Penal).

Pode-se até concordar com quem pense que melhor seria corrigir os erros apontados, quanto à avaliação pericial, do que não realizá-la. Realmente, o acompanhamento efetivo e não apenas consistente em meras entrevistas de poucos minutos, seria o mais adequado, inclusive para as progressões e regressões de regimes. Mas, pelo menos, deve ser realizado exame sério e minucioso, no momento de ingresso do condenado no sistema, para fins de classificação e individualização.

Todavia, o que deve ser levado em conta é que, agora, dispensando o exame, para efeito de progressão e livramento condicional, existe uma lei, que deve ser cumprida, notadamente por não apresentar inconstitucionalidade. Ao contrário, até se pode dizer que ele vem ao encontro dos anseios daqueles que militam na área de proteção dos direitos humanos. Não se deve invocar a redação do artigo 83, parágrafo único, do Código Penal, para conferir tratamento mais gravoso ao condenado; ao contrário, com base na lei mais recente, deve-se entender que a norma penal é que deve ajustar-se a ela. Não obstante, teria sido mais adequado que o legislador tivesse estabelecido uma escala para aferição de comportamentos, com parâmetros objetivos para avaliação do comportamento prisional, o que constituiria maior segurança jurídica.

Dessa forma, cumpre a todo operador jurídico defender a aplicação do novo diploma, mormente daquele que detenha o papel constitucional de guardião da legalidade,

ainda que, paralelamente, procure conscientizar ou sensibilizar os legisladores quanto à sua inadequação com o interesse público, caso se entenda assim. Não se afigura o melhor caminho procurar-se, sempre, uma interpretação "salvadora" de textos legais, para ajustá-los à posição do momento, como por vezes ocorre.

Continuando com o assunto em pauta, abordar-se-á no próximo capítulo o perfil do preso, e as condições dos presídios no Brasil

#### IV - O PERFIL DO PRESO NO BRASIL <sup>17</sup>

Os presos, em sua maioria são jovens oriundos das camadas sociais mais pobres. Já marginalizados socialmente, filhos de famílias desestruturadas, que não tiveram e não têm acesso à educação nem à formação profissional. São, portanto, pessoas que estão numa situação já delicada e, se não encontrarem as devidas condições necessárias nos presídios, jamais poderão voltar à sociedade como cidadãos de bem.

Há quem sustente que a pena deve ter função retributiva pelo dano causado, outros valorizam-lhe o aspecto intimidativo, que visa reprimir futuros atos ilícitos e outros ainda afirmam que a pena deve ter caráter reeducativo. Parece ser essa última opção mais condizente com a nossa realidade. É preciso que o infrator tenha uma marca na alma, no intelecto, da pena a ele aplicada, e não em seu corpo físico, como freqüentemente ocorre.

É triste saber que os presos brasileiros são forçados a se amontoarem em espaços minúsculos, tendo sua auto-estima diminuída e suas chances de recuperação também, uma vez que não são só eles que sofrem com isso, mas suas famílias também. Portanto, um caso torna-se vários e o sofrimento e a revolta se multiplicam.

Mais uma vez deve-se afirmar a necessidade de uma instituição penitenciária humana, que recupere de fato o preso, para que dessa forma a sociedade não sofra as conseqüências da revolta gerada pela degradação humana do preso como há muito vem ocorrendo.

Dessa forma, torna-se também necessário que se separem os presos de acordo com o delito cometido, e que, dessa forma, não se corra o risco de criminosos de alta periculosidade tornem-se professores dos de menor periculosidade na escola do crime. Em momento algum durante esse processo pode se esquecer dos direitos humanos que o preso também possui.

Não se deve ver no condenado apenas a figura do marginal que violou normas do nosso ordenamento jurídico que, privilegiando o patrimônio em detrimento do ser humano, é em muitos pontos injusto.

Aqueles condenados que estão encarcerados têm usado de um único instrumento para fazerem-se ouvir: a rebelião que, como é sabido de todos, produz efeitos nada agradáveis. Os condenados socialmente, se rebelam em nosso meio e sentimos os efeitos de tais atos nos crescentes índices de criminalidade violenta. A revolta gera mais revolta e fica-se a um passo do caos. São Tomás de Aquino, em sua obra intitulada "Suma Teológica" diz que o legislador da lei humana não pode castigar tudo o que é proibido moralmente.

Conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), observa-se que em 1908 a população carcerária era predominantemente masculina, com uma presença muito pequena de mulheres (em média, menos de 4% do total) - a exceção era o Distrito Federal, onde a participação das mulheres chegava a 20%.<sup>18</sup>

A maioria dos condenados (44%) tinha entre 25 e 40 anos de idade. Numa faixa etária menor, de 17 a 21 anos de idade, esse percentual era pouco mais de 14%. Já no Brasil dos anos 90, predominavam os presos nas faixas etárias de 30 a 39 anos (24,3%) e de 18 a 21 anos de idade (22,9%).

Entre os condenados, 70% eram analfabetos, 28% mal sabiam ler e escrever, 2% sabiam ler e escrever perfeitamente e apenas 0,2% tinham nível superior. Numa comparação mais atual, observa-se que, em 1990, quase 50% dos presos eram alfabetizados, 32,5% tinham o primeiro grau completo; 4,4%, o segundo grau; 0,9%, o terceiro grau e 12,5% não tinham instrução.

Quanto à profissão, em 1907, o maior percentual (38,5%) era de agricultores, seguidos dos empregados no comércio e na indústria (10%). Apenas 6% dos condenados não tinham profissão.

Os motivos que levavam à condenação também foram mudando ao longo dos anos. Em 1907, 100% dos presos foram condenados por terem cometido crimes contra a pessoa. Entre os 2.833 condenados na época, 2.422 tinham cometido homicídio; 53, tentativa de homicídio; 223, lesão corporal e 135, "violência carnal".

Em 1985, dos 39.609 presos, 57,8% foram condenados por crimes contra o patrimônio e 26,5%, por crimes contra a pessoa. Alguns crimes só começaram a ser mencionados depois dos anos 40. É o caso do crime contra o patrimônio, que aparece a partir do anuário de 1943. Já o tráfico e uso de entorpecentes (classificado como crime contra a Saúde Pública) é um fenômeno da década de 60 e, em vinte anos (entre 1965 e 1985), mais

que triplicou o número de condenações. Pouco instruído, doente, indigno de confiança, sujo e inferior. É esse o perfil do preso no Brasil. Ele é o pobre, o pouco educado, “o outro”.

Os sistemas prisionais ao longo dos tempos têm-se aperfeiçoado para possibilitar ao apenado cumprir sua “retribuição” pelo ato infracional cometido em sociedade, de forma mais digna nas instalações prisionais, no processo de execução, nas medidas alternativas e nas atividades de ressocialização.

Uma das formas de ressocialização é o trabalho possibilitado ao apenado tanto internamente como externamente. Tal prática incorporou-se na evolução dos sistemas prisionais e constitui-se num importante meio de reeducação para recolocar o indivíduo na sociedade, embora o peso do preconceito seja um entrave para dignidade deste.

A preocupação com a segurança pública aflige grande parte da população, diante dos números alarmantes de aumento da violência, das notícias sobre a administração do Poder Judiciário, a ineficácia da gestão pública e principalmente pelo cotidiano, que tem demonstrado a ocorrência e veracidade desses fatos.

Diante desse cenário de instabilidade sobre as fragilidades da segurança pública e da rejeição aos atos infracionais, os apenados encontram-se em situação marginal e desfavorável pelos antecedentes criminais. Por isso, a importância de se discutir a ressocialização no sistema prisional como uma possibilidade de reduzir índices de retorno a criminalidade e minimizar os impactos ocasionados pela passagem por um estabelecimento prisional.

As atividades de ressocialização são diversas e versam sobre as relações humanas, os estudos, os cursos profissionalizantes, o trabalho, as práticas religiosas, entre outros. No entanto, neste artigo selecionou-se o trabalho como um meio eficaz de ressocialização e oportuno para gerar possibilidade de sustentar o indivíduo longe dos crimes. Discutindo assim boas práticas na experiência nacional que possam contribuir na ampliação da oferta de ressocialização através do trabalho.

---

17 - Disponível: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoecs3.htm>

18 - Disponível: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI150476-EI306,00.html>

## 1 - Ressocialização No Brasil

No Código Penal Brasileiro, as referências sobre as condições para realização do trabalho estão previstos nos três regimes e especificados conforme as condições de desempenho na execução da pena.<sup>19</sup>

No regime fechado no Art. 34, § 1º, § 2º e § 3º estão previstos o trabalho diurno, trabalho em comum dentro do estabelecimento e externo apenas nos casos de serviços e obras públicas. No regime semi-aberto as condições admissíveis do trabalho estão no Art. 35, § 1º e § 2º onde o preso desenvolve trabalho em comum em colônia agrícola, industrial ou similar em período diurno ou trabalho externo. Por fim, no regime aberto tem-se o trabalho externo sem o rigor da vigilância, porém retornando a noite para a dormida na prisão.

Com relação a outros direitos sociais do preso quando realizando o trabalho, no Art. 39 do Código Penal consta que “O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”. Portanto, este preso possui direitos trabalhistas que podem ser contabilizados para benefícios futuros quando da saída da prisão.

O preso condenado, em regra, é proveniente das camadas mais desfavorecidas e vitimadas da sociedade. Já desde a infância ocorre a vitimização pela ausência de direitos fundamentais (direitos civis, sociais e políticos) efetivos. Assim já havendo a ruptura do pacto social, já que dele é excluído os direitos fundamentais.

Contudo, quando se descumpre uma norma e comete um ilícito penal, a sociedade invoca o pacto, alegando que ele foi descumprido. O infrator condenado então é enviado às prisões, onde novamente será vitimizado pelo não cumprimento dos seus direitos de presos dispostos na Constituição e especificamente na Lei de Execuções Penais. Novamente havendo para com ele o rompimento do pacto.

A Lei representa um consenso, um compromisso firmado pelos representantes do povo acerca de determinadas questões. Para que este compromisso seja modificado, somente através dos mecanismos previstos no próprio compromisso inicialmente firmado será decisivamente comprometida e o compromisso perderá a razão de sua existência. Entretanto a sociedade, em geral, parece não ter consciência da Lei, pressiona o Poder Público, a própria sociedade a descumprir determinadas normas que conferem direitos aos presos, por entenderem-nas injustas, muito brandas.

A crítica da sociedade, sem dúvida, é um elemento importantíssimo no desenvolvimento de uma nação moderna democrática que se caracteriza pela liberdade de expressão, pela ampla participação da sociedade e demais preceitos democráticos previstos na Constituição Federal. Quanto à crítica em si nada temos a questionar. Entretanto, quando esta crítica causa o imobilismo, a perplexidade do sistema de governo e determinadas questões, o que será transformado em permanente foco de tensão social, inviabilizando a aplicação da lei vigente, mas não tendo força para modificá-la, neste, caso, entendemos ser imprescindível uma reflexão mais profunda.

Se a Lei é injusta, então, devemos nos organizar e requerer as suas mudanças de forma a atender os anseios da sociedade sem infringir os Direitos Humanos do condenado. Se os representantes eleitos não atendem as aspirações da sociedade para que a Lei seja modificada, então basta que na próxima eleição, escolhamos outros representantes. Tudo dentro das regras do jogo democrático, tudo nos termos da lei, pois que estamos em um Estado Democrático de Direito.

A pessoa que responde a um processo penal - o qual visa a apurar as responsabilidades- embora goze de presunção de inocência, tem uma série de seus direitos restringidos, conforme o delito praticado, a gravidade, etc.

O delinqüente é aquele que praticou um ato anti-social reputado como delito pelo ordenamento jurídico da sociedade que o está processando. O seu ato é nocivo a esta sociedade, a expressão de sua liberdade é nociva para a sociedade, por isso a sociedade tenta controlar sua personalidade, através da restrição da liberdade, da personalidade, desde o processo penal de formação de culpa, através da restrição da liberdade.

A história brasileira é marcada pela liderança e participação de uma elite, em detrimento da participação ampla da sociedade. É marcada pelo populismo, pela herança patrimonialista, os quais favorecem à criação de uma sociedade na qual as leis são muito mais figuras retóricas do que propriamente práticas, vinculadas aos problemas da coletividade. A crise de regulamentação das leis e mais um destes elementos do Estado retórico, do governo patrimonialista.

Na sociedade brasileira, acentuam-se, gradativamente, a edição de leis que já na fase de apuração do delito, na fase policial e no processo criminal, durante a instrução

probatória, restringem, cada vez mais, um número maior de direitos individuais fundamentais do processado.

Entretanto, ainda não chegamos ao ponto de igualar as conseqüências de um processo penal antes do trânsito em julgado, ao processo penal de Execução, após o trânsito em julgado; ao menos não completamente.

Assim, a pessoa que responde a um processo penal, ainda goza de uma gama significativa de direitos de defesa, que podem ser utilizados e opostos eficazmente contra o Estado. Mesmo nos casos das Leis mais restritivas, como as supra citadas, ainda há a possibilidade de uma razoável proteção dos direitos fundamentais do acusado. É extremamente importante que o processado tenha esses direitos efetivamente protegidos, porque estes representam a manutenção de um nível mínimo da própria personalidade do processado.

Os direitos individuais fundamentais, como sabemos, visam a resguardar um nível mínimo de existência da pessoa, de sua liberdade. Depois da garantia da vida humana, a liberdade é o bem fundamental. O processo também protege direitos à intimidade, à honra, quando tiverem caráter fundamental.

O exercício ou, mesmo apenas, a mera possibilidade de utilizar estes direitos eficazmente durante o processo, é salutar para o processado, pois que através desta experiência, de utilizar estes direitos eficazmente durante o processo, ele interioriza e sedimenta os valores humanos fundamentais.

Como já observado, é através da experiência que nós desenvolvemos, criamos e modificamos nossos valores, e de acordo com estes valores, é que nos conduziremos na sociedade. O processo penal é também uma fonte de experiências e, como tal, coloca em jogo uma aprendizagem e sedimentação de valores. Assim, à medida que o processo resguarda determinados valores vitais do caráter humano do processado, este absorverá a experiência destes valores, e desenvolverá uma conduta de acordo.

Evidentemente que não pretendemos ser ingênuos e afirmar que somente o cumprimento da lei no processo levará o preso à ressocialização. Mas certamente este é um dos fatores importantes neste processo.

Depois de condenado, o delinqüente, se não for concedido nenhum benefício legal que lhe permita cumprir a pena, em liberdade, será mantido em uma unidade prisional. É dos condenados recolhidos a unidades prisionais que trata este breve esboço.

A prisão teria por objetivo a ressocialização do condenado. Seriam criadas condições experimentais de práticas sociais semelhantes àquelas existentes na sociedade livre, através da tutela e supervisão do Estado.

Tendo em vista que o condenado é aquele que praticou um ato anti-social, portanto um indivíduo que usou sua liberdade nocivamente contra a sociedade. A sociedade, assim, através da prisão, visa restringir a liberdade do condenado, para ter um controle sobre sua personalidade (do condenado), sobre sua vontade agressiva e nociva. Se durante o processo penal, durante a instrução probatória, havia dúvida acerca da sua nocividade e, conseqüentemente, a pessoa gozava de uma gama maior de direitos; após a declaração de nocividade social, o condenado passa a ter, de acordo com a Lei de Execuções Penais, um número mais restrito de direitos a exercer.

Os direitos do condenado preso estão prescritos na Lei de Execuções Penais. Esta Lei consagra direitos e deveres do condenado preso e da sociedade. Após a sentença condenatória transitada em julgado, a expectativa de liberdade do preso desloca-se daqueles direitos de maior alcance, que gozam as pessoas livres, para aqueles dispostos na Lei de Execuções Penais. No dia-a-dia da unidade prisional será na lei de Execuções Penais seu contrato e experiência normativa imediata (será mesmo, e os regulamentos?). É através desta Lei que o condenado preso poderá, em tese, recuperar o exercício pleno de sua liberdade, de sua personalidade, enfim de sua existência. Portanto, todas as esperanças, sentimentos, expectativas do condenado preso, convergem para esta Lei.

A vida na unidade prisional é outra fonte de experiências significativas, através da qual o condenado preso, desenvolverá seus valores enquanto estiver preso, e moldará sua conduta.

Se o fim da prisão, modernamente, é a ressocialização do preso-condenado, se a ressocialização implica uma socialização dos valores do condenado, se a experiência que possibilita a modificação e o desenvolvimento dos valores, seria de se esperar que as prisões fossem ambientes, laboratórios, que proporcionassem ao condenado uma gama de

experiências que lhe incutissem, ou que lhe permitissem desenvolver valores benéficos à sociedade.

Entretanto, as prisões no Brasil, não proporcionam ao condenado preso a sua recuperação. São ambientes tensos, em péssimas condições humanas. A superlotação é comum. Os direitos previstos na Lei de Execuções Penais não são aplicados na prática. Há violência contra os condenados, praticadas por aqueles que têm a incumbência de custodiá-los e mesmo por outros presos. Enfim, nós sabemos que o ambiente de uma unidade prisional no Brasil, em regra, é muito mais propício para o desenvolvimento de valores nocivos à sociedade, do que ao desenvolvimento de valores e condutas benéficas.

O Estado não possui condições financeiro-econômicas de supervisionar o labor dos presos, de contratar professores e demais profissionais do quadro técnico. Mesmo as unidades prisionais que oferecem oportunidade de trabalho ao preso, proporcionam essa oportunidade a um pequeno número presos, devido à escassez de vagas para o trabalho prisional. As atividades muitas das vezes também não são adequadas ao mercado de trabalho, se tem conhecimento de unidades prisionais nas quais os presos aprendem a fazer peças artesanais de pouca ou nenhuma aceitação no mercado.

A Lei de Execuções Penais prescreve os princípios e regras que possibilitariam a ressocialização do preso. O processo de ressocialização envolve uma série de elementos, sendo complexo.

Ressocializar significa tornar o Ser Humano capaz de viver em sociedade novamente, consoante a maioria dos Homens fazem. A palavra ressocializar poderia a princípio referir-se apenas à conduta do preso, aos elementos externos que nós podemos resumir da seguinte forma: ressocializar é modificar a conduta do preso, para que seja harmônica com a conduta socialmente aceita e não nociva à sociedade. Entretanto, como sabemos, antes da conduta existem os valores; nós agimos, atuamos em função desses valores. A conduta é um elemento externo, dessa forma é essencial influir nos valores diretamente, tornando-os o máximo possível sociáveis.

Assim é que ressocializar não significa apenas dar um emprego ao preso na prisão ou quando ele sai desta, ou não ter preconceitos contra os ex-presidiários. Estas são atitudes positivas é evidente, todavia, o processo da ressocialização é muito mais complexo e

inicia por uma reversão dos valores nocivos do condenado, para valores benéficos para a sociedade.

Dentro do processo de ressocialização do preso condenado é fundamental uma práxis que resgate, enquanto ainda o mesmo está encarcerado os seus valores de pessoa, de ser Humano, os valores em comum com a sociedade livre. Isto só pode ser conseguido através de um ambiente de experiências favorável à assimilação destes valores. Este ambiente de experiências favorável deve ser o mais amplo possível e em crucial implicação o efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais, a qual tem o *status* de uma espécie de Constituição Federal do preso.

Um dos maiores inconvenientes da pena privativa de liberdade que vivencia o preso e o egresso é o preconceito que enfrenta a sua família pelo fato de ter um ente que cumpre pena, ou mesmo aqueles que já cumpriram. Entendemos que a família é o alicerce do individuo, vez que é a principal responsável pela formação do caráter do ente e da disseminação dos princípios e valores ético-morais. Esses princípios da base educacional quando absolvidos, remetem o individuo a uma melhor e plausível interação com a sociedade. Não obstante, esses princípios básicos, por questões de desorganização das estruturas das famílias são desprezados, e, por conseguinte, as regras que regula as condutas dos indivíduos na sociedade são abandonadas, facilitando aquele individuo a transgredir a lei penal.

Com base no ordenamento jurídico e outras leis ordinárias e infraconstitucionais, muito têm se tem discorrido no que se refere à proteção do Estado as pessoas, a intimidade, ao direito de ir e vir, o direito a vida, sempre de forma genérica e quimera, exceto a lei penal que visa a reverter à pena privativa de liberdade em um castigo que transcende da pessoa do condenado e alcança também a sua família, marginalizando socialmente o preso, ou mesmo o egresso e liberado.

Um dos maiores problemas que enfrenta a administração pública do país na atualidade diz respeito à segurança do cidadão. No afã de promover o enfrentamento e combate à violência e criminalidade, o Estado acaba priorizando a segregação dos entes infratores.

O Estado tem o poder de vigiar e punir, mas em contrapartida o dever de ressocializar, reintegrar o preso na sua comunidade. Na atualidade nos deparamos com um sistema prisional em derrocada. A prova de que o nosso sistema penitenciário está à beira do caos, se consolida a partir de um evento lastimável ocorrido no norte do país, quando uma

adolescente de quinze anos de idade após sua apreensão, acusada de furto, foi colada numa cela com mais de vinte detentos. A jovem foi entregue pela autoridade policial, a fim de ser servida a aqueles presos sedentos de lascívia, que abusaram sexualmente de diversas formas durante os mais de vinte dias em que esteve confinada naquele lugar.

O evento acima narrado não foi e nem será o único, várias mulheres já foram vítimas do descaso e da falta de respeito a dignidade da pessoa humana com anuência das autoridades competentes, o que denota uma absurda inércia e incompetência do Estado no que tange a administração penitenciária do país

A Lei 7.210, a chamada Lei de Execução Penal traz em seu bojo as garantias necessárias para a manutenção de pessoas em cárcere, dentre elas as condições de forma salubre e adequadas, priorizando a separação de local de cumprimento da pena entre homens e mulheres, a fim de evitar que abusos como o que ocorrera com a garota de quinze anos.

Na realidade as prisões brasileiras tão somente só servem como uma espécie de depósito de seres humanos, esquecidos, sem direitos, expurgados da sociedade.

Por fim, se faz necessário uma urgente reforma no sistema penitenciário nacional. A fim de se buscar uma efetiva, e eficaz ressocialização da população carcerária, que é cada vez mais crescente em todo o país, além de maior integração dos poderes judiciário, e executivo, chamando também a atenção da própria sociedade no que tange as discussões das políticas voltadas para ressocialização e reintegração dos presos e egressos na comunidade. Temos todos uma só natureza, a mesma humanidade que deve se apoiar na justiça, esse sentimento abstrato que possibilita o homem alcançar a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

## V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ressocialização do preso brasileiro trata de um dos problemas mais graves atualmente enfrentados pela sociedade: a situação degradante do preso dentro dos estabelecimentos penitenciários. Faz também uma análise sobre o impacto dessa realidade nos índices de reincidência. Diante de todos esses problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro tornou-se clara a necessidade de um novo modelo que respondesse aos anseios da sociedade.

A teoria da prevenção social ou primária atua nas causas originais que levam ao delinqüente praticar sua conduta, apontando meios e dando oportunidades para o mesmo, que não só a criminalidade, maior empregador nos meios periféricos. Assim, a educação e socialização, bem-estar social e qualidade de vida são âmbitos essenciais para uma prevenção primária, que opera sempre a longo e médio prazo e se dirige a todos os cidadãos.

A nossa Lei de Execuções Penais é considerada uma das mais avançadas no mundo e se cumprida integralmente, na prática, certamente propiciaria a reeducação e ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual.

Valorizando o preso como pessoa humana, dignificando-o mesmo dentro da prisão, é o caminho para que ele se recupere de suas condutas delituosas. Apenas dessa forma a sociedade poderá ver seus presos recuperados e as taxas de reincidência reduzidas, realidade há tanto, sonhada por todos.

Os presídios brasileiros, habitados por 450 000 sentenciados, têm cheiro de creolina. O produto químico é usado para disfarçar outro odor, o de esgoto, que sai das celas imundas e impregna corredores e pátios.

Está claro para todos que o sistema penitenciário desse país está falido, bem como as penas aplicadas são equivocadas. Urge, portanto, que se busquem alternativas para que os infratores possam ser recolhidos em instituições capacitadas que tratem o interno

como um ser humano que errou e deve refletir sobre seus atos para que não mais os pratique em desacordo com a lei e, dessa forma, possa ser reincorporado à sociedade.

Não há que se falar de prevenção ou punição sem que se destaque a necessidade de estruturar a aplicabilidade da pena. Pois, é de suma importância, que a sociedade se sinta segura para poder perceber a necessidade de humanizar as penas, como bem coloca a Escola da Defesa Social. Por enquanto, torna-se difícil no Brasil falar em penas mais brandas ou mais humanas, quando boa parte da população se sente prisioneira em sua própria casa.

Pessoas que não conseguem viver plenamente a sua humanidade, não conseguem também ver a humanidade do outro. Ainda mais se esse outro foi capaz de subtrair bens alheios, matar ou cometer outros crimes. A sociedade os rejeita imediatamente e transfere para o Estado a responsabilidade da punição – que nesses casos espera-se que sejam os mais severos possíveis – assim se sentem mais seguros. Porém uma segurança falsa, já que estar na prisão não é garantia de segurança, uma prova concreta são os esquemas dos crimes feitos a partir da prisão.

É preciso que existam certas condições para que a recuperação do infrator ocorra, tais como uma instituição penitenciária idônea, funcionários capacitados, é preciso que a capacidade da unidade não seja extrapolada daí a importância das penas alternativas em casos que o emprego delas é possível. É importante também que haja uma pena condizente com o ato praticado: a pena privativa de liberdade não deve ser a solução para todos os casos, para que assim o encarcerado não perca os seus valores de ser humano. Valores estes em comum com a sociedade livre.

Uma pena justa é necessária, pois servirá de exemplo às outras pessoas que tencionem agir ilicitamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

1- BRUNO, Aníbal. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 25

2- BRUNO, Aníbal. Apud. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 – p. 182.

3- BITENCOURT, Cezar Roberto. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 47.

4- BATISTA Nilo. **In Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Editora Revan. 2001, p. 102.

5- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2.ed São Paulo: RT, 1.998, p. 44.

6- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed., São Paulo, RT, 1.998, p.31.

7- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir, nascimento da prisão**. 3 ed., trad. De Ligia de M. Pondé Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1984, p. 207.

8- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-*

9- MEZGER, Edmund. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena**, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2002, p. 181..

10- VON LISZT, Franz. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p.181.

11- <http://jusvi.com/artigos/16962>

12- Lei n. 7029/84

13- Código de Processo Penal

14- Código Penal

15- <http://www.direitonet.com.br> - Vanderlei Kloos

16- <http://www.direitonet.com.br> - Rafael Henrique Gonçalves Martines