

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



GERALDO WASHINGTON FIDELIS

DIREITOS HUMANOS CONFERIDOS AOS PRESOS NA EXECUÇÃO PENAL
BRASILEIRA

Monografia apresentada à Facer, – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba –, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Valtecino Eufrásio Leal, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

65-38906

Tombo n°	19179
Classif.	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	14-02-13

RUBIATABA-GO
2012

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**



GERALDO WASHINGTON FIDELIS

**DIREITOS HUMANOS CONFERIDOS AOS PRESOS NA EXECUÇÃO PENAL
BRASILEIRA**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA-GOIÁS

FOLHA DE APROVAÇÃO

GERALDO WASHINGTON FIDELIS

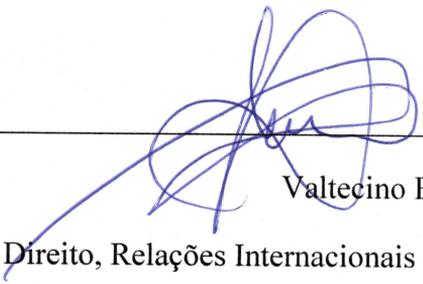
DIREITOS HUMANOS CONFERIDOS AOS PRESOS NA EXECUÇÃO
PENAL BRASILEIRA

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____


Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento e Doutorando em Direito.

1º Examinador: _____

André Luíz De Vasconcelos Teixeira

Especialista em Processo Civil e Direito Civil.

2º Examinadora: _____


Geruza Silva De Oliveira

Mestre em Sociologia, Graduada em Ciências Sociais e Doutoranda em Sociologia.

Rubiataba, 2012.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo e de todos, agradeço a Deus, meu protetor e guardador, por me conceder força, saúde e inteligência, para que pudesse chegar a conclusão deste curso.

A minha família, pelo apoio, confiança e incentivo que sempre depositaram em mim;

Indistintamente a todos os meus professores, os quais com dedicação e com a arte do ensino, dividiram comigo os seus saberes e experiências.

Ao mestre, doutorando e orientador Valtecino Eufrásio Leal, por transmitir parte de seu inquestionável saber, pelos conselhos, pela paciência e dedicação, durante o curso e a orientação.

A professora Mestre e Doutoranda Geresa da Silva Oliveira, pessoa de vasto saber, que tanto contribuiu através de suas correções e pontuações no que fosse necessário para uma boa conclusão deste trabalho acadêmico.

Aos meus colegas de sala de aula, os quais, muitos deles se tornaram meus amigos, pelo companheirismo e o compartilhar de seus saberes;

DEDICATÓRIA

Para não ser injusto, dedico este trabalho, a todas as pessoas que de forma direta ou indireta confiaram na minha capacidade e que desejaram-me sorte na caminhada ao saber jurídico, bem como àqueles que se dedicaram de qualquer forma à minha formação intelecto e pessoal.

Em especial à minha namorada e à minha filha, amores da minha vida.

Se és incapaz de sonhar, nasceste velho. Se o teu sonho te impede de agir segundo as realidades, nasceste inútil; se porém sabes transformar sonhos em realidade que encontram com a luz do teu sonho, então serás grande na tua pátria e a tua pátria será grande em ti.

Plínio Salgado

RESUMO: Este trabalho consiste num breve estudo sobre a aplicabilidade dos direitos humanos garantidos aos presos na execução penal brasileira e os institutos jurídicos que resguardam tais direitos. A pesquisa demonstrou que embora a letra da lei seja generosa no tocante às garantias dos condenados, existe uma lacuna com relação a sua aplicabilidade, num cenário em que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se falido. Este trabalho trouxe à tona a urgência de medidas por parte do Estado, e a participação de toda sociedade que venham de encontro a essa realidade, para que o objetivo da ressocialização do condenado seja feito com êxito. Para esta pesquisa, o método utilizado foi a pesquisa bibliográfica baseadas em fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Aplicabilidade dos Direitos Humanos. Sistema Prisional. Ressocialização. Estado. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This work is a brief study on the Applicability of Human Rights Guaranteed to Prisoners in Brazilian Penal Execution and legal institutions that protect these rights. The research showed that although the letter of the law is generous in respect of guarantees of the damned, a gap exists with respect to its applicability in a scenario where the Brazilian penitentiary system is bankrupt. This work brought to the fore the urgency of measures by the state, and the participation of the entire society to come against this reality, so that the goal of rehabilitation of the convict is done successfully. For this research, the method used was based on bibliographic research primary and secondary sources.

Keywords: Applicability of Human Rights. Prison. Resocialization. State. Dignity of the Human Person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS GARANTIDOS AOS PRESOS NO SISTEMA PRISIONAL.....	16
1.1. Antiguidade – Pérsia Antiga.....	16
1.2. Idade Média.....	18
1.3. Idade Moderna.....	20
1.4. Idade Contemporânea.....	23
1.5. Histórico das Penas no Brasil.....	24
1.6. Histórico da Lei de Execução Penal.....	26
2. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE A SITUAÇÃO PRISIONAL NO PAÍS.....	30
2.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	30
2.2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).....	32
2.3. Avanços inseridos na Constituição Federal de 1988.....	33
2.3.1. Princípio da reserva legal.....	33
2.3.2. Princípio da irretroatividade.....	34
2.3.3. Princípio da pessoalidade.....	34
2.3.4. Princípio do juiz natural.....	35
2.3.5. Princípio da presunção da inocência.....	36
2.4. Alguns direitos conferidos à população carcerária.....	37
2.4.1. Direito a integridade física e moral.....	37
2.4.2. Direito de não submissão à pena de morte e outras de caráter indigno.....	38
2.4.3. Pena de caráter perpétuo.....	39
2.4.4. Pena de trabalhos forçados.....	40
2.4.5. Pena de banimento.....	40
2.4.6. Penas cruéis.....	41
3. DIREITOS GARANTIDOS AOS PRESOS PELA EXECUÇÃO PENAL.....	43
3.1. Alimentação e vestuário.....	43
3.2. Atribuição de trabalho e sua remuneração.....	44
3.3. Previdência social.....	44
3.4. Constituição de pecúlio.....	45

3.5. Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação.....	46
3.6. Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena.....	47
3.7. Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.....	48
3.8. Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.....	51
3.9. Entrevista pessoal reservada com advogado	51
3.10. Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.....	52
3.11. Chamamento nominal.....	53
3.12. Igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.....	53
3.13. Audiência especial com o diretor do estabelecimento.....	54
3.14. Representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito.....	55
3.15. 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.....	56
3.16. Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente.....	56
4. CENÁRIO TEÓRICO DOUTRINÁRIO SOBRE OS DIREITOS DOS REEDUCANDOS.....	57
4.11. Dignidade da pessoa humana.....	57
4.12. Responsabilidade estatal com relação aos direitos do reeducando.....	58
4.13. Visão doutrinária sobre alguns direitos garantidos aos reeducandos.....	60
4.3.1. Ambientes Salubres.....	61
4.3.2. Individualização das penas.....	62
4.3.3. Integridade física e moral e uso de entorpecentes.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	71

LISTA DE ABREVEATURAS/SÍMBOLOS

art.- artigo

n°.- número

1°- primeiro

§.- parágrafo

p. – página

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

LEP – Lei de Execução Penal

ONU – Organização das Nações Unidas

INTRODUÇÃO

A presente monografia teve como objeto descrever sobre um estudo acerca da Direitos Humanos Conferidos aos Presos na Execução Penal Brasileira, sendo imprescindível fazer uma abordagem do tema, explanando sobre as garantias legais previstas durante a execução da pena privativa de liberdade.

O seu objetivo foi transcorrer acerca do surgimento e evolução dos direitos garantidos aos presos desde a antiguidade romana até os dias atuais, bem assim visou analisar a legislação específica no que se refere aos direitos do preso no País, verificando o olhar da doutrina quanto a esses direitos e mostrar o descompasso permanente entre a linguagem da lei e os fatos que negam a sua eficácia.

Para investigação do objeto e como meio para se atingir os objetivos propostos, foi adotado como base para a pesquisa o método Hipotético Dedutivo, conceituado por Lakatos; Marconi (2001, p. 95) como: “o método que parte de um problema, ao qual se oferece uma espécie de solução provisória, uma teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro”.

O modelo de pesquisa escolhida foi a bibliográfica de compilação de dados que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. De acordo com Nunes, Rizzatto (2009, ps. 32,33) monografia de compilação:

nesse tipo de monografia o estudante tem de demonstrar que examinou o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto versado, sendo capaz de organizar as várias opiniões, antepô-las logicamente, quando se apresentam antagônicas, harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção, enfim, ter de ser capaz de apresentar um panorama de várias posições, de maneira clara e didática. Deve, também, o estudante dar sua opinião sobre os pontos relevantes, bem como suas conclusões.

Houve também no corpo do trabalho, avaliação de ideias teóricas de vários autores, os quais já escreveram sobre o tema abordado.

Desde a antiguidade até a contemporaneidade, houve um longo processo de desenvolvimento no sistema jurídico mundial e brasileiro. Passou-se por várias etapas, como a execução de penas vexatórias e cruéis, até o surgimento de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, com predomínio da arbitrariedade de juízes quanto da fixação da pena.

No Brasil, com a Promulgação da Constituição de 1988, teve-se a criação dos princípios fundamentais, os quais se tornaram pilares para o ordenamento jurídico penal, visando assegurar a dignidade da pessoa humana.

Diante da necessidade de instituir no sistema jurídico brasileiro uma lei de execução penal, houve no decorrer de vários anos a apresentação de projetos com esse fim, porém, somente em 1983 foi aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, o qual se converteu na Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal, a qual tem como principais objetivos a preservação dos bens jurídicos e a reincorporação do homem que praticou um delito.

Assim, o sentenciado à pena privativa de liberdade tem seu bem mais precioso, qual seja a liberdade, limitado, de forma que o Estado, ao exercer o direito de punir, deverá pautar-se conforme as premissas legais necessárias para que a aplicação da sanção ocorra da maneira mais justa e equilibrada possível, não tendo somente a intenção de puni-lo, mas sim, de ressocializá-lo e reinseri-lo à sociedade.

Desse modo, o tema em comento ganha relevância diante da atual situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro, pois a execução das penas privativas de liberdade não alcançam seu principal objetivo, qual seja a reinserção e a ressocialização do apenado.

Na iminente tentativa de assegurar direitos fundamentais aos presos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, instituiu várias garantias que não podem ser violadas, especialmente quanto à integridade física e moral. Não podem também os reeducandos ser submetidos à pena de morte ou de caráter indigno, pois merecem que o rigor da pena seja condizente ao crime praticado e como tal não devem ser obrigados à realização de trabalhos forçados e estão protegidos contra penas de banimentos ou cruéis.

Outrossim, além dos direitos garantidos pela Magna Carta, existe no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 7210/84 (Lei de Execuções Penais), que amplia a concessão de direitos ao condenado, pois dispõe no art. 41 e seus quinze incisos, inúmeras garantias para melhor aplicabilidade das penas aos reclusos.

Porém, ademais, o que se vê, não é tão belo como o texto da mencionada Lei. Hoje, há em nossos presídios um aglomerado de cidadãos que, além de pagarem pelo delito cometido, pagam também um preço muito alto pela falta de dignidade humana que os estabelecimentos prisionais lhes proporcionam.

Enquanto a violência aumenta a cada ano, os presídios brasileiros, sem exceção, estão cada vez menos preparados para receber os protagonistas da criminalidade brasileira, bem como não conseguem cumprir a sua função mais importante, qual seja, a reintegração social dos criminosos e evitar a reincidência, deixando de lado cada vez mais os direitos e garantias expressos tanto na Lei maior, quanto em legislação específica.

Por fim, uma avaliação crítica da Lei de Execuções Penais e sua aplicabilidade com a realidade constituem o elemento essencial deste trabalho monográfico, também foi objeto de abordagem, eis que a gravidade da crise que o sistema penitenciário brasileiro vem sofrendo nos dias atuais, bem como o aumento da criminalidade, nada mais é do que resquícios da inaplicabilidade, por parte das autoridades judiciárias, das garantias aos apenados, embora já existentes, e para piorar ainda mais as perspectivas de uma reforma completa na estrutura deste sistema, torna-se cada vez mais distante dos interesses políticos deste País.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS GARANTIDOS AOS PRESOS NO SISTEMA PRISIONAL

Com a evolução da sociedade, foram criadas normas, regras e costumes, os quais, para um bom funcionamento da vida em comum deveriam ser respeitados. Ocorre que, juntamente com a criação dessas mencionadas normas, tivemos também os desrespeitos e descumprimentos das mesmas por determinadas pessoas, e, em razão disso, eram impostas a estas, algum tipo de sanção.

Ocorre, outrossim, que as penalidades aplicadas em alguns momentos da história do sistema prisional, vale dizer, na Idade Antiga e Média, eram arbitrárias e tidas como castigos e, muitas vezes, vingança pública, onde o suposto condenado era exposto a cenas vexatórias e humilhado diante de toda a sociedade, isso, com o único fim de pagar pelo mal praticado, sem qualquer observância do princípio da proporcionalidade ou de direitos do ser humano¹.

No entanto, veremos em seguida, traços da evolução histórica das penas, atentando, principalmente, para o surgimento e evolução dos direitos garantidos aos presos desde a Antiguidade até os dias atuais, bem assim a garantia dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade de acordo com a Lei de Execução Penal.

1.1. Antiguidade – Pérsia Antiga

A lei de Talião, que foi adotada pelo Código de Hamurabi, limitou-se a reação à ofensa a prática de um mal idêntico, ou seja, “olho por olho, dente por dente”. Na mencionada lei também determinava-se ao povo penas como: lançar o criminoso ao fogo, morte por meio impiedoso e mutilações corporais, tais como: cortar a língua, arrancar os

¹CIRENZA, Cristina de Freitas. NUNES, Clayton Alfredo. Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado10>. Acesso em: 19/05/2012, às 9:30hs.

dentes e outras penas cruéis. Fala-se que essa lei foi um grande avanço na história do Direito Penal, eis que limitava a reação primitiva².

De acordo com o artigo da escritora e pesquisadora Misciasci :

Lei do talião (do latim Lex Talionis: lex: lei e talis: tal, parêlho) consiste na justa reciprocidade do crime e da pena. Esta lei é freqüentemente simbolizada pela expressão olho por olho, dente por dente. É uma das mais antigas leis existentes. Os primeiros indícios da lei do talião foram encontrados no Código de Hamurabi, em 1730 a.C., no reino da Babilônia. Essa lei permite evitar que as pessoas façam justiça elas mesmas, introduzindo, assim, um início de ordem na sociedade com relação ao tratamento de crimes e delitos³.

Na referida lei, em regra, as sanções impostas a quem cometesse algum delito deveriam ser exatamente iguais ao crime cometido, consistindo na reciprocidade do crime e da pena.

Em tempos remotos, as penas eram exercidas sobre a pessoa do acusado, principalmente em forma de vingança, o autor do delito sofria punição no próprio corpo, execuções horríveis que tinham como função inibir a prática de delitos, amedrontado assim o restante das demais pessoas a não cometerem os mesmos delitos. Nesse contexto, conforme relata Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* (1987, p. 9), era o “suplício” uma pena corporal, dolorosa e cruel:

Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que , em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar - lhe os nervos e retalhar - lhe as juntas.

²Assis, Rafael Damaceno de. *As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil*. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisões-e-o-direito-penitenciario-no-brasil. Acesso em 19/05/2012, às 10:00hs.

³MISCIASCI, Elizabeth. *Código de Leis o Início e a transação*. Disponível em: www.eunanet.net/bet/news/topicos/leis. Acesso em 19/05/2012, às 17:00hs

Diante de tal relato, constata-se que as penas eram violentas e públicas, sendo os acusados assassinados em praça pública com o consentimento popular, fazendo de cada execução um espetáculo.

Os povos primitivos, diante de uma falta de justiça e de um Estado, aplicavam as penas como vingança privada, ou seja, para cada crime cometido a vítima reagia de uma forma, podendo escravizar, banir, matar e estender até à prole do bandido as consequências da sanção aplicada.

Segundo Bitencourt (2011, p.28), “a prisão era uma espécie de antessala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade”.

Neste mesmo sentido, Bitencourt (2011, p. 28, apud Hentig), acrescenta:

As masmorras das casas consistoriais e as câmaras de torturas estavam umas ao lado das outras e mantinham os presos até entregá-los ao *Monte das Orcas* ou às *Pedras dos Corvos*, abandonando, amiúde, mortos que haviam sucumbido à tortura ou à febre do cárcere.

Nota-se, que nas penas aplicadas durante a Antiguidade, a principal característica da pena se vê no sofrimento durante sua aplicação.

1.2. Idade Média

Durante a Idade Média também não havia preocupação com os direitos da pessoa humana, nem com a legalidade das penas aplicadas, isso se dava em razão de que o direito de sanção se encontrava concentrado nas mãos de cada senhor feudal, o qual ditava as normas arbitrariamente daquele determinado local⁴.

⁴BITENCOURT, Roberto Cezar. *Falência das Penas de Prisões, Causas e Alternativas*. 4ª Edição. Editora Saraiva, p.32.

Em tal época o sentido da pena já não era visto como vingança praticada por um particular, os castigos eram determinados pelos monarcas, os quais detinham poder absoluto, ou seja, eram eles quem decidiam o que era justo ou injusto, determinando as leis para os seus súditos, estando acima principalmente da justiça⁵.

Assim, não se levava em conta as noções de liberdade, justiça e respeito à dignidade da pessoa humana, foi um período marcado pelas penas cruéis (morte na fogueira, esquartejamento, sepultamento vivo e outros). Os processos eram sigilosos, o réu não sabia qual era a imputação feita contra ele, o entendimento era que, sendo inocente, o acusado não precisava de defesa, se fosse culpado, a ela não teria direito. Isso favorecia o arbitro do governo⁶.

Nesse diapasão, temos as palavras de Bitencourt (2004, p. 9):

Durante todo período da Idade média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico”.

Diante do exposto, o que se pode verificar é que a sociedade medieval viveu sob um sistema de terror, com aplicação de torturas e penas cruéis. Contudo, esse período evoluiu culminando em um período mais humanista, o qual, através da reação dos indivíduos a tanta crueldade, veio combater a repressão penal absolutista.

No decorrer da história, surgiu ainda na Idade Média, dois tipos de prisões, uma destinada aos inimigos e traidores da realeza, chamada de prisão - estado e a outra com a

⁵BITENCOURT, Roberto Cezar. Falência das Penas de Prisões, Causas e Alternativas. 4ª Edição. Editora Saraiva, p.32.

⁶ARAGÃO, Juliana Rossi. Transtornos da Personalidade: Estudo sobre a Inimputabilidade. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Rossi%20Aragao.pdf>. Acesso em: 20/05/2012, às 18:00hs.

finalidade de encarcerar os membros do clero rebeldes, chamada de prisão eclesiástica, para que os mesmo refletissem e meditassem.

Dessa maneira, percebe-se que foi a prisão canônica que introduziu no sistema penitenciário a ideia de recuperação de preso através do encarceramento.

Nesse sentido temos as explicações do renomado jurista Bitencourt: (2004, p. 12):

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso.

Assim, temos como divisor de águas a prisão canônica, eis que foi a transição de um sistema rude, cruel e injusto para uma estrutura de cárcere mais humano, assegurando os direitos básicos aos delinquentes, inclusive o de reintegração social.

1.3. Idade Moderna

No século XVI, adentramos a idade moderna. Por conta de inúmeras guerras religiosas, a pobreza aumentou em todo o continente europeu, trazendo como consequência o aumento da delinquência e criminalidade⁷.

Em razão das guerras, um grande número de pessoas se vira obrigado a deixar o campo rumo ao centros urbanos, razão pela qual a criminalidade alcançou enorme índices, eis que diante de tamanha crise, as vítimas cometiam crimes para sobreviver, ou então teriam que pedir esmolas nas ruas das cidades⁸.

⁷FREITAS, Adir. Evolução Histórica da Pena III – A Idade Média e a Idade Moderna. Disponível em: adireito2011.blogspot.com/.../evolucao-historica-da-pena-iii-dade.ht... Acesso em: 20/05/2012, às 20:30hs.

⁸BITENCOURT, Roberto Cezar. Falência das Penas de Prisões, Causas e Alternativas. 4ª Edição. Editora Saraiva, pgs.37/38.

Em razão dessa problemática, os governantes, sem terem como conter a crescente delinquência por parte da população, criaram as Casas de Correção na Inglaterra para abrigar os criminosos e mendigos.

Nos ensinamentos de Bitencourt (2004, p. 16):

Para fazer frente ao fenômeno sócio criminal, que preocupava as pequenas e menores cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando instituições de correção de grande valor histórico penitenciário. A pedido de alguns integrantes do clero inglês, que se encontravam muito preocupados pelas proporções que havia alcançado a mendicância em Londres, o Rei lhes autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores.

Diante de tamanha problemática, surge o grande marco para o pensamento de um novo Direito Penal, o qual não seria mais pautado pelo arbítrio e pela crueldade, a publicação, em 1764, pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, a consagrada obra “Dos Delitos e das Penas”⁹.

Com a publicação desta obra, Beccaria deu início a um período denominado Período Humanitário da pena, eis que defendia a legalidade, a proporcionalidade e utilitarismo para aplicação das penas¹⁰.

Em sua doutrina, Beccaria (2003, p. 52) dispõe que: “a pena deve ser útil, justa e proporcional e que não fossem utilizadas somente para intimidação, mas para recuperar o

⁸CAMPANARI, Simone Doreto. Penas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro: Uma Análise de suas Bases de Legitimação e de seus Princípios Constitutivos em Face das Penas Privativas de Liberdade. Disponível em: www.fundanet.br/.../Penas_Alternativas_no_sistema_penal_brasileiro... Acesso em 20/05/2012, às 22:00hs.

⁹CAMPANARI, Simone Doreto. Penas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro: Uma Análise de suas Bases de Legitimação e de seus Princípios Constitutivos em Face das Penas Privativas de Liberdade. Disponível em: www.fundanet.br/.../Penas_Alternativas_no_sistema_penal_brasileiro... Acesso em 20/05/2012, às 23:00hs.

delincente. Inicia-se neste período a preocupação com a pessoa que comete crime e as razões pelas quais cometeu tais crimes”.

A ideia de legalidade mostrava que uma pena só poderia ser imposta se prevista em lei, não cabendo ao juiz estipular de forma arbitrária qualquer pena que lhe viesse a cabeça. Nesse contexto, tem-se que a segurança jurídica foi tomando seu espaço.

A tese da proporcionalidade tinha como objetivo fazer com que os crimes com graus diversos recebessem penas diferentes.

Nesse sentido afirma Beccaria (1999, p. 38):

Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas... Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humana, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar - lhes a ordem, não cominando para os delitos de primeiro grau, as penas do último.

O utilitarismo também foi outra marca na obra do Marquês de Bonesana, pois, como afirma Bitencourt (2003, p.34), “ele procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado”. A pena deveria ser útil, e não cruel, como pensavam os idealizadores do terror penal.

Defendendo sua tese utilitarista, Beccaria (1999, p. 52), afirmava que: “É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”.

Desde então, o modelo de instituições penitenciárias se difundiram por todo continente europeu como forma de conter os criminosos, tendo estas instituições o objetivo de ressocialização e reforma dos delinquentes.

1.4. Idade Contemporânea

Por um período compreendido do século XIX até a atualidade, houve uma grande movimentação histórica, mudanças de pensamentos, evoluções filosóficas e formações de teorias que fizeram da idade contemporânea um momento de reflexão acerca ineficácia das penas cruéis aplicadas ao combate à criminalidade¹¹.

Como consequência, com o transcorrer do tempo, foram flagrados descuidos, negligências, abusos e desvios, no que tange aos locais das prisões e ao tratamento dos presos. Em razão disso, a pena não alcançou as funções que deveria alcançar e, tampouco atingiu as finalidades que deveria atingir, quais sejam: a reeducação do detento e sua inserção na sociedade.

Após várias influências de correntes Iluministas, chegaram a conclusão de que o método aplicado não era eficaz e que deveria existir outros meios de prevenir os crimes. Nesse sentido, foi a lição de Beccaria (2003, p.43), “quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado em evitá-lo”. E com isso praticará novos crimes, para fugir à pena que mereceu primeiro.

Por tais razões, o sistema penal contemporâneo está baseado na valorização do ser humano. Dessa forma, proíbe-se a pena de morte, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis.

Nesse sentido, acrescenta Masson (2010, p. 55): “Finalmente, para que a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis”.

Diante do exposto, passa-se a analisar as penas de prisão no Brasil, isso, desde os primeiros relatos de prisões, até o surgimento da Lei de Execuções Penais – LEP.

¹¹CAMPANARI, Simone Doreto. Penas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro: Uma Análise de suas Bases de Legitimação e de seus Princípios Constitutivos em Face das Penas Privativas de Liberdade. Disponível em: www.fundanet.br/.../Penas_Alternativas_no_sistema_penal_brasileiro... Acesso em 21/05/2012, às 21:00hs.

1.5. Histórico das Penas no Brasil

Quando o Brasil foi descoberto, a primeira legislação que passou a vigorar foram as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, por D. Afonso V, tendo vigorado até 1514 e tinha como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quanto a fixação da pena. Estas, porém não ficaram em vigor por muito tempo, tendo uma importância apenas para a elaboração das Ordenações Manuelinas, estas correspondiam ainda à fase de vingança pública¹².

Em 1603, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, e entrou em vigor o Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal. Este código ficou famoso por suas severas penas¹³.

Nesse contexto, dispôs sobre o assunto, Masson (2010, p. 58):

Marcadas pela fase da vingança pública, todas se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição. Além do predomínio da pena de morte, era usadas outras sanções bárbaras e infamantes, como açoites, a amputação de membros, etc....

Com a independência do Brasil ocorreu uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais, eis que sob a influência do movimento iluminista europeu, passou a preponderar uma nova ótica, na qual houve a criação dos princípios fundamentais do nosso direito penal, como exemplo o princípio da irretroatividade, da personalidade da pena e da legalidade¹⁴.

¹²NOGUEIRA, Carla Renata Ferreira. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/.../525. Acesso em 21/05/2012, às 16:00hs.

¹³NOGUEIRA, Carla Renata Ferreira. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/.../525. Acesso em 21/05/2012, às 16:10hs

¹⁴BITENCOURT, Roberto Cezar. Falência das Penas de Prisões, Causas e Alternativas. 4ª Edição. Editora Saraiva, p.52.

Promulgada a primeira constituição em 1824, este diploma legal previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade. Sendo este Código sancionado em 1830, o qual instituiu no Brasil a pena de privação de liberdade, a qual substituiria as penas corporais.

Em 1934 houve a promulgação da Constituição da República. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Em 31 de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal, o qual, posteriormente foi reformado em sua parte geral pela lei 7.209, de 11 de julho 1984. Esta reforma trouxe consigo a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o último reservado apenas para os inimputáveis).

Com a promulgação da Constituição de 1988, diante das novas modalidades de sanções penais, fez-se necessário fazer algumas atualizações no Código Penal de 40.

Conforme relatado, verifica-se, que no decorrer da história as penas no Brasil sofreram inúmeras modificações, tendo funções distintas em cada momento, tendo influenciado de forma direta na sociedade.

Após várias tentativas de acertar acerca de medidas que realmente tivessem eficácia na repressão das práticas criminosas, constatou-se que as penas corporais dos tempos de outrora foram quase que extintas dos dias de hoje, com uma única rara exceção a pena de morte, em caso de guerra declarada¹⁵.

Diante dessas várias etapas percorridas, pode-se enxergar a grande evolução que sofreu o caráter da pena e a sua função social, pois a diferença dos tempos do Brasil Império, para o estado Democrático de Direito vivenciado hoje é enorme.

Entretanto, mesmo nos dias atuais, ainda existem dúvidas em relação ao verdadeiro caráter da pena, pois mesmo diante de toda essa evolução, a sua função não tem se

¹⁵GUERRA, Ronaldo José. Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade. Disponível em: repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3575/1/ulfd112286_tese.pdf. Acesso em: 21/05/2012, às 17:00hs.

mostrado muito eficaz, restando a dúvida se seria melhor uma função punitiva, coercitiva ou reeducativa, haja vista a grande criminalidade que ainda persiste no país.

1.6. Histórico da Lei de Execução Penal

Em 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, contrapondo-se, rigorosamente, à maléfica herança das Ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, advindas do Reino de Portugal, as quais foram aplicadas em nosso País, dispôs em seu artigo 179, § 19, que: “Desde já ficam abolidos os açoites, torturas, marcas de ferro quente, e todas as demais penas cruéis”¹⁶.

Os constituintes, interessados por um sistema criminal mais bem afeiçoado à dignidade humana, decidiram que “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (art. 179, § 18)¹⁷.

De mesmo modo, porém, acerca do encarceramento, a Carta Normativa declarou: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 179, § 21).¹⁸

No Brasil, dentre as várias tentativas de constituir um código a respeito das normas de execução penal, sendo que tal matéria disposta dentro do Código Criminal do Império, em 1933, o Jurista Cândido Mendes de Almeida presidiu uma comissão que visava elaborar o primeiro código de execuções criminais da República¹⁹.

O projeto era inovador e já tinha como princípios básicos a individualização e distinção do tratamento penal, no entanto, não chegou nem mesmo a ser discutido em razão

¹⁶ REVISTA BRASILEIRA – Ciências Criminais – Ed. RT, jan. 2003, VI. II, n.º42, p. 265.

¹⁷ REVISTA BRASILEIRA – Ciências Criminais – Ed. RT, jan. 2003, VI. II, n.º42, p. 265.

¹⁸ REVISTA BRASILEIRA – Ciências Criminais – Ed. RT, jan. 2003, VI. II, n.º42, p. 265.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª Edição. Editora Atlas S.A – 2007, São Paulo, p. 23.

do golpe chamado Estado Novo, em 1937, liderado por Getúlio Vargas, que acabou por suprimir as atividades²⁰.

Em 1951, diante da então carência de uma legislação que dispunha sobre a matéria da execução penal, o deputado Carvalho Neto produziu um projeto que estabelecia normas gerais de direito penitenciário, mas este, também, não se transformou em lei²¹.

Da necessidade de se reformular e se atualizar a lei de execução criminal, em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. Mas já diante de sua inicial insuficiência, em 1957 foi elaborado pelo Professor Oscar Stevenson, a pedido do ministro da justiça o projeto de um novo código penitenciário. Nesse projeto, a execução penal era tratada distintamente do Código Penal e a competência para a execução penal era dividida sob a forma de vários órgãos²².

Outros dois documentos de grande importância histórica vieram a lume em meados da década de 60. Sendo o primeiro anteprojeto do Código de Execuções Penais apresentado pelo jurista Roberto Lyra, tendo como fato inovador as preocupações com as questões relativas a humanidade e legalidade na execução da pena privativa de liberdade²³.

Em 1970, foi apresentado um novo projeto do professor Benjamim Moraes Filho, o qual teve a colaboração de juristas como José Frederico Marques, e inspirava-se numa Resolução das Nações Unidas, datada de 30 de Agosto de 1953, que dispunha sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos²⁴.

²⁰ASSIS, Rafael Damaceno de. As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisões-e-o-direito-penitenciario-no-brasil. Acesso em 22/05/2012, às 10:00hs.

²⁰ASSIS, Rafael Damaceno de. As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisões-e-o-direito-penitenciário-no-brasil. Acesso em 19/05/2012, às 10:30hs.

²¹REVISTA BRASILEIRA – Ciências Criminais – Ed. RT, jan. 2003, VI. II, n.º42, p. 267.

²²MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª Edição. Editora Atlas S.A – 2007, São Paulo, p. 24.

²³MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª Edição. Editora Atlas S.A – 2007, São Paulo, p. 24.

Diante da falta de êxito dos projetos apresentados pelos juristas, os quais não se convertia em lei, a República continuava carecendo de uma legislação que tratasse de forma específica a questão da execução penal.

De outro vértice, o direito executivo penal cada vez mais se consolidava como sendo uma ciência autônoma, distinta do direito penal e do direito processual penal, e também jurídica, não apenas de caráter meramente administrativo. O próprio direito positivo através da Constituição Federal de 1988 elevou o direito penitenciário à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 a competência da União para legislar sobre suas normas.

Calha transcrever a lição de Mirabete (2007, p. 23):

Independentemente, porém, de qualquer indagação científica sobre a natureza do Direito Penitenciário ou Direito da Execução Penal, se pertencem ao Direito Penal, Direito Administrativo ou Direito da Execução Penal, ou se constituem ramo autônomo da árvore jurídica, as regras a respeito da matéria condizem a um processo de realização penal. A obrigatoriedade de um processo penal executório (ou processo de execução penal) corresponde às exigências de autonomia científica do Direito de Execução Penal e a Lei de Execução Penal deve constituir-se em instrumento adequado para que a jurisdição se amplie e se concretize nessa zona juridicamente neutra.

Até que, finalmente, em 1983 é aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, o qual se converteu na Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal.

A lei de execução penal brasileira tem como principais objetivos a preservação dos bens jurídicos e a reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade. Temos, nesse sentido o ensinamento de Reali Júnior (1983, p.77) afirmando que: “não deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito.

De fato, a Lei de Execução Penal, possui uma visão moderna e avançada, programada de molde a corresponder a ideia de humanizar, não só de punir, tendendo, assim, a uma filosofia ressocializadora da pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, Mirabete (2007, p. 26): “A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso”.

Pode-se afirmar, sem exagero, que a falta de um diploma federal para tratar dos inúmeros problemas da execução penal contribuiu para a situação caótica enfrentada pelo sistema penal na atualidade.

Diante do exposto, verifica-se que após tantas lutas e desacertos para que o país pudesse ter uma legislação que tratasse de forma específica e satisfatória sobre o assunto, a problemática enfrentada na atualidade é a falta de efetividade no cumprimento e na aplicação da Lei de Execução Penal, o que será abordado posteriormente em tópico específico dentro deste trabalho.

2. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE A SITUAÇÃO PRISIONAL NO PAÍS.

O ordenamento jurídico brasileiro trás em seu rol vários institutos que tratam tanto das garantias legais previstas durante a execução, quanto dos direitos humanos do preso.

Nossa Carta Magna reservou vários incisos do seu artigo 5º, os quais foram destinados à proteção das garantias do homem preso. Temos ainda, em legislação específica, a Lei de Execução Penal, a qual também reservou os incisos de I a XV do artigo 41, os quais dispõem sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado durante a execução penal²⁵.

Além destes institutos, o Brasil também é signatário de convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos do Homem (Pacto São José da Costa Rica).

2.1 Declaração universal dos direitos do homem

Aprovada em resolução da III sessão ordinária da Assembleia Geral da Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, também se preocupou com o cidadão preso, reservando em seu texto vários incisos os quais tratam do direito do apenado.

A ONU subdividiu o instrumento normativo em duas partes: a primeira trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e é aplicável a todas as categorias de recluso, dos foros criminal ou civil, em regime de prisão preventiva ou já condenados, incluindo os que estejam detidos por aplicação de medidas de segurança ou

²⁵ASSIS, Rafael Damaceno de. A Atual Realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade.../a-realidade-atual.sht... Acesso em: 22/05/2012, às 17:30hs.

que sejam objeto de medidas de reeducação ordenadas pelo juiz competente; a segunda parte contém regras que são especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de cada seção²⁶.

Moraes (2006, p. 341), elucida, no tocante aos direitos do recluso que:

Conforme especifica nas considerações preliminares, as normas mínimas de tratamento de reclusos devem ser observadas de forma relativa, tendo em conta a grande variedade das condições legais, sociais, econômicas e geográficas do mundo. Devem, porém, servir como estímulo de esforços constantes para ultrapassar dificuldades práticas em sua aplicação. Além disso, o que se pretende é o estabelecimento de princípios básicos de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos.

O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos preceitua que “ninguém será submetido a tortura, a tratamento ou castigo cruel”.

Segundo Moraes (2006, p. 202), o termo tortura para a Assembleia Geral das Nações Unidas significa:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões, de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido, de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza.

Outra garantia trazida pela Declaração supra citada, está disposta em seu artigo IX, que diz “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

Essa garantia visa coibir a autoridade judiciária, na qual, de forma arbitrária e ou sem previsão legal, venha determinar o cerceamento da liberdade de algum cidadão.

²⁶MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes. – 6. ed. Atualizada até a EC n°52/06 – São Paulo : Atlas, 2006.

2.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)

Também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, foi ratificada pelo Brasil em setembro de 1992.

Os direitos garantidos ao encarcerado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são basicamente iguais a todos os reservados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para Moraes (2006, p. 343) assim ensina em relação ao Pacto de São José da Costa Rica:

Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevê regras protetivas aos direitos dos reclusos e, em seu artigo 5º, determina que os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado a sua condição de pessoas não condenadas. Além disso, estipula que os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível para seu tratamento. O referido pacto define a finalidade essencial das penas privativas de liberdade como a reforma e a readaptação social dos condenados.

Por fim, o que se deve comemorar, é que, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição do Império, até os dias atuais, muitos foram os direitos conquistados pelo cidadão preso, não obstante, em todos os textos citados anteriormente fazem valer o objetivo maior, que não é apenas o de punir, mas de ressocializar.

Diante disso, quanto aos direitos dos reeducandos, no próximo capítulo será apresentado breve apanhado doutrinário e jurisprudencial, a fim de ser demonstrado o cenário teórico e judicial para essa proteção.

2.3 Avanços Inseridos na Constituição Federal de 1988

A Magna Carta, opondo a qualquer tipo de excesso, no que diz respeito às penas aplicadas aos sentenciados e, visando a garantia dos direitos do cidadão preso, consagra em vários incisos do seu artigo 5º princípios constitucionais penais e normas que visam resguardar a dignidade da pessoa, dos quais pode-se destacar:

2.3.1 Princípio da Reserva Legal

Tal princípio está inserido no artigo 5º, inciso XXXIX, o qual assim reza: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O Marquês de Beccaria (1997, p. 27) já ensinava, em 1724, que “só as leis podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda sociedade organizada por uma contrato social²⁷”.

A respeito do tema, Moraes (2005, p. 211) aduz que:

Esses princípios, como garantia essencial de um Estado de Direito, assegura que a regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado, e consequentemente da liberdade do indivíduo, depende exclusivamente da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos eletivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

Pode-se observar que o princípio da Reserva Legal visa impossibilitar o uso de analogia e de costumes e dar ciência ao cidadão que poderá ser responsabilizado somente por fatos ilícitos anteriormente já previstos em lei.

²⁷FEITOSA. Isabela de Brito. Direitos dos Presidiários à Luz da Constituição. Disponível em: www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/06/2012, às 14:00hs.

2.3.2 Princípio da Irretroatividade

No que diz respeito, a Constituição Federal trás em seu artigo 5º, inciso XL, a previsão de que “a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu”.

Miranda (2000, pp. 67-68) assevera que:

A irretroatividade da lei penal, além de assegurar exigências racionais de certeza do direito, dá ao cidadão a segurança, ante ás mudanças de valores do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram mais branda.

Motta e Douglas (2001, p.82), salienta sobre o princípio, o seguinte:

As leis penais só valem durante a sua vigência, com duas únicas exceções: a) as leis sempre se move para beneficiar o réu; e b) as leis excepcionais ou temporárias aplicam-se aos fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo que já tenham deixado de vigorar. As leis referidas no item “b” são aquelas que já nascem com um tempo delimitado para sua vigência, vindo a lume para disciplinar algum fato ou período certo.

2.3.3 Princípio da Pessoalidade

Pelo Princípio da Pessoalidade, fica vedada a possibilidade da pena que seria aplicada passar da pessoa que praticou o delito. Esta vedação está elencada no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que reza: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas a sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 172) explicam que²⁸:

Nunca se pode interpretar uma lei no sentido que a pena transcende a pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros.

A respeito do tema, Moraes (2006, p. 330), ensina que:

Desta forma, garante-se tanto a proibição da transmissão da pena para familiares, parentes, amigos ou terceiros em geral, quanto exige-se que a lei infraconstitucional preveja a extinção da punibilidade em caso de morte do agente, uma vez que não haveria sentido na continuidade, por parte do Estado, na persecução penal, pela total impossibilidade das sanções.

Nota-se que os autores supra citados foram coesos em suas afirmações com relação ao Princípio da Pessoalidade, o qual trás a vedação da transmissão da responsabilidade por determinado ato ilícito praticado por um agente para um terceiro.

2.3.4 Princípio do Juiz Natural

Os incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal dispõe sobre a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal.

Moraes (2006, p. 307 *apud* Melo Filho,) afirma que “somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previstos em outros órgãos, como Senado, nos casos de impedimento de agentes do poder executivo”.

²⁸Direitos dos Presidiários à Luz da Constituição. Isabela de Brito Feitosa. Disponível em www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/06/2012.

Dispõe ainda o referido autor (2005, pp. 195-196) que, “a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio Estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis”.

Assim também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁹:

O princípio da naturalidade do Juízo – que traduz significativa conquista no processo penal liberal, essencialmente fundado em base democráticas – atua como fator de limitação nos poderes persecutórios do Estado e representa a importante garantia de imparcialidade dos juízes e Tribunais. (1ª T. – HC n.º 69.601/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, seção I, 18 dez. 1992, p. 24377).

Veja-se, portanto, que o Princípio do Juiz Natural, tem por finalidade, garantir a prévia existência do órgão ao fato, bem como o direito à imparcialidade desse juízo.

2.3.5 Princípio da Presunção de Inocência

O artigo 5º, inciso LVII, consagra o Princípio da Presunção da Inocência, o qual elenca que “ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória³⁰”.

Segundo Motta e Douglas (2001, p. 88), o princípio da presunção de inocência é “fruto de uma evolução humanista do Direito Penal, mantém a primariedade do réu até que se ultime a decisão condenatória transitado em julgado”.

Moraes (2005, p. 265), aponta que:

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito

²⁹MORAES, Alexandre de, Direitos humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência/Alexandre de Moraes. – 6.ed. – São Paulo: Atlas, 2005 – (coleção temas Jurídicos; 3, p.196)

³⁰VADE MECUM. Constituição Federal, art. 5º, LVII, 2010, ED. Saraiva, p.10.

em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Observar-se que o Princípio da Presunção de Inocência, veda a possibilidade de aplicar ao condenado os efeitos de uma sanção antes que a sentença penal condenatória transite em julgado.

2.4 Alguns Direitos Conferidos à População Carcerária

2.4.1. Direito à Integridade Física e Moral

O nosso texto constitucional muito se preocupou com a integridade física e moral do condenado, buscando banir e condenar a tortura e o tratamento desumano durante a execução da pena. Esta previsão constitucional está elencada no artigo 5º, inciso III e XLIX, que assim dispõe respectivamente “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral³¹”.

Moraes (2005, p. 2), pontua que:

A Constituição Federal, ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, em que se pese à natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, com exceção, obviamente, daqueles incompatíveis com a condição peculiar de preso.

A Magna Carta ao proclamar o direito à integridade física e moral dos presos, trouxe a tona sua finalidade, que é maior do que o simples caráter vingativo, ela esboça uma

³¹Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, III, XLIX. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva, p. 7/9.

nova concepção de sanção, a qual, além da retribuição e prevenção do crime, visa a ressocialização do condenado.

2.4.2. Direito de não submissão à pena de morte e outras de caráter indigno

Consagrando as garantias individuais do preso, nossa Carta Magna, veda a aplicação de determinados tipos de pena, o artigo 5º, inciso XLVII, dispõe que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis³²”.

Vale ressaltar que, a vedação à pena de morte, assegurada pela Constituição, não será garantida de forma absoluta, a exceção será nos casos de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

Neste sentido, Moraes (2006, p. 334) explica:

A norma constitucional não veda de forma absoluta a aplicação da pena de morte, desde que, logicamente, prevista em lei anterior (princípios da reserva legal e anterioridade), e em tempo de guerra, devidamente declarada nos moldes constitucionais, ou seja, pelo Presidente da República, no caso de agressão estrangeira, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrido no intervalo das sessões legislativas (CF, art. 84, XIX).

No entanto, em nosso ordenamento jurídico, a pena de morte será declarada e aplicada somente no caso de guerra declarada, conforme preleciona o artigo 56 do Código Penal Militar.

³² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XLVII. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva, p. 9.

2.4.3. Pena de Caráter Perpétuo

A pena com caráter perpétuo, também é vedada pelo texto constitucional brasileiro, segundo Moraes (2006, p.336), “a vedação às penas de caráter perpétuo decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e a dignidade humana”.

Moraes (apud Bastos 2006, p. 336), sobre a citada pena, salienta o seguinte:

A prisão perpétua priva o homem da sua condição humana. Esta exige sempre um sentido de vida. Aquele que estiver encarcerado sem perspectiva de saída, está destituído dessa dimensão espiritual, que é a condição mínima para que o homem viva dignamente.

Percebe-se então que a norma constitucional visa consagrar o caráter reeducativo da pena. Nossa legislação penal permite a unificação da pena, estabelecendo que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ser superior a 30 (trinta) anos (art.75,§1º do Código Penal):

O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

A limitação do tempo de cumprimento das penas, é de suma importância, uma vez que o retorno do preso ao convívio social, é fundamental, quando se tem em mente a recuperação deste.

2.4.4 Pena de trabalhos Forçados

Visando proteger os presos, a norma constitucional é contrária a aplicação de trabalhos forçados, a pretensão é de evitar a imposição de labores desnecessários e afrontadores à dignidade humana.

Neste diapasão Motta e Douglas (2001, p.85), assevera:

A pena de trabalhos forçados, antes de ferir os direitos humanos do preso, tem demonstrado ser economicamente inviável, isto porque existem presos cujo grau de periculosidade é tão elevado que qualquer instrumento de trabalho, em tais mãos, facilmente se transformaria em um meio de fuga e/ou de agressão. Além do que não são permitidas penas corporais (cruéis), o que torna inviável o trabalho forçado.

Vale salientar que as penas de trabalho forçado, não devem ser confundidas com a previsão de trabalho remunerado durante a execução penal, previsto nos artigos 28 e seguintes da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal).

2.4.5 Pena de Banimento

Nenhum cidadão brasileiro será submetido a retirada forçada do país, em virtude da prática de determinado ato dentro do território nacional, sendo vedada a pena de banimento.

Elucida Motta e Douglas (2001, p.85) que:

Muitos dos homens que escreveram esta Constituição sofreram a pena de banimento quando da instauração do regime militar no país, razão pela qual resolveram “banir” esta pena do Direito brasileiro, preservando, ou

procurando preservar, gerações futuras de lamentáveis incidentes históricos semelhantes.

Na visão de Moraes (2006, p.337), “banimento ou desterro é a retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude da prática de determinado fato no território nacional. A Constituição Federal proíbe a aplicação dessa pena”.

O que se deve tomar cuidado é que a impossibilidade de banimento, não impedirá a concessão de extradição de brasileiros naturalizados em determinados casos previstos na própria Constituição.

2.4.6 Penas Cruéis

Como não poderia ser diferente, a Magna Carta, proíbe a aplicação de penas cruéis, essa vedação já constava em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Política do Império do Brasil, datada de 1824, o qual determinava em seu artigo 179, inciso XIX, que “desde já ficam abolidos os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis ou infamantes³³”.

Moraes (apud Bueno 2006, p.336), sobre a citada pena na Constituição do Império, salienta o seguinte:

O homem por ser delinquente não deixa de pertencer à humanidade; é de mister que seja punido, mas por modo consentâneo, com a razão, próprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada” (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministro da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 408).

³³MORAES, Alexandre de - Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência / Alexandre de Moraes. – 6. Ed. – São Paulo : Atlas, 2005- (Coleção temas jurídicos ; 3).

O Estado brasileiro, ao excluir este tipo de pena, está garantindo ao apenado, que ele não venha sofrer nenhum tratamento desumano, degradante e humilhante, vez que estas penas se tornam incompatíveis com a visão ressocializadora execução penal, trazida com a evolução do Direito Penal.

No próximo capítulo será apresentado alguns direitos garantidos aos presos com a criação da Lei de Execução Penal.

3 DIREITOS GARANTIDOS AOS PRESOS PELA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Além dos direitos garantidos pela Magna Carta, existe no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal), que é generosa no que se refere à concessão de direitos ao condenado, na qual, já em seu artigo 3º traduz com objetividade a ideologia do referido diploma, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Adiante serão vistos os direitos referidos no artigo supra citado, nos quais estão definidos no artigo 41, em quinze incisos da Lei de Execução Penal.

3.1 Alimentação e Vestuário

Conforme previsão do artigo 41, inciso I, todo condenado tem direito a alimentação suficiente e vestuário.

Sobre esse tema, Mirabete (2007, p.120), pontua que:

Trata-se de regra em que se desdobra o princípio geral de preservação da vida e saúde do preso, fundamental para a existência dos demais direitos. Deve a administração, assim, de um lado, proporcionar ao preso alimentação controlada, convenientemente preparada e que corresponda em quantidade e qualidade às normas dietéticas e de higiene, tendo em conta o seu estado de saúde e, de outro, vestuário apropriado ao clima, para que não seja prejudicada a saúde ou a dignidade”.

O direito à alimentação e ao vestuário são direitos fundamentais do ser humano e cabe ao Estado propiciar essa garantia. Desse modo, em razão do cidadão se achar no cárcere, esta garantia deve ser e persiste como obrigação estatal.

3.2 Atribuição de Trabalho e sua Remuneração

Conforme o disposto no artigo 41, inciso II, constituem direitos do preso “atribuição de trabalho e sua remuneração”. No entanto, cabe ao Estado, adequar e atribuir ao condenado o trabalho de acordo com a sua aptidão e disponibilidade.

Sobre o tema Nucci, (2008, p. 1017), elucida que “o principal é a obrigação de trabalhar, que funciona primordialmente como fator de recuperação, disciplina e aprendizado para a futura vida em liberdade”.

Nesta mesma linha de análise, Dotti (2000, p. 71) assevera o seguinte:

O resguardo da dignidade do preso, com o oferecimento de meios ao trabalho, com uma adequada remuneração, constitui dever do Estado que possibilitará não mais distinguir-se entre o cidadão livre e o cidadão preso, permitindo a este seu retorno para a sociedade sem a recidiva. A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um direito penal social para um direito que pretenda, também, ser democrático.

Note-se que a atribuição de trabalho e a respectiva remuneração, mais do que um direito social garantido ao encarcerado, torna-se meio e oportunidade de capacitação, e uma vez, cumprida sua pena, o aprendizado e a aquisição de profissão, em muitos casos, dá condições para a reintegração ao convívio social.

3.3 Previdência Social

A garantia de acesso dos encarcerados à Previdência Social, possui fundamento legal no artigo 41, inciso III, da Lei de Execução Penal, que prevê o direito do preso de filiar-se a esse benefício socioeconômico.

O assunto merece embates teóricos de penalistas como Mirabete (2007, p. 121), o qual, no tocante ao tema, assim manifesta-se:

Questão controvertida é certamente o direito do preso de valer-se dos benefícios da Previdência Social, em que se deve incluir, forçosamente, o referente à aposentadoria, quando todos reconhecem que o Estado não está aparelhado materialmente sequer para assistir o homem livre que está desempregado.

Vale ressaltar, que devido ao caráter peculiar dessa matéria, o direito à aposentadoria conferido ao preso, está condicionado à regulamentação da legislação pertinente à Previdência Social. Ademais, como a Lei de Execução Penal não prevê a possibilidade de descontar-se coativamente da remuneração do preso a contribuição previdenciária, tal direito somente poderá ser exercido pelo preso que, voluntariamente trabalhar e que desejar contribuir para a Previdência Social, nos termos da legislação específica,³⁴.

3.4 Constituição de Pecúlio

O inciso IV, do artigo 41 da LEP, elenca o direito ao pecúlio pelo reeducando, caso o trabalho seja obrigatório.

³⁴MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

Novamente, Mirabete (2007, p.122), pontua a respeito que: “sendo obrigatório o trabalho e devendo o trabalhador preso receber uma remuneração adequada, pode o Estado prever sua destinação”.

O pecúlio é uma reserva de dinheiro acumulada pelo preso ao longo da pena com resultado do trabalho. A Lei de Execução Penal prevê aos detentos, que em caso de estarem satisfeitas as obrigações maiores (reparação de dano, assistência à família etc.), a possibilidade de constituição de pecúlio, mediante desconto da remuneração devida pelo trabalho prisional (idem 2.45)³⁵.

3.5 Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação.

Uma vez sendo obrigatório o trabalho, a Lei de Execução Penal preocupou-se, com a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação do encarcerado, consoante se infere no artigo 41, inciso V, da mencionada norma penal.

Mirabete, (*apud* Miotto, 2007, p. 122), salienta de modo implícito sobre essa proporcionalidade e o faz da seguinte forma:

Os momentos de repouso são necessários, não se confundindo com a simples ociosidade, porque, diversamente dela, é tão-somente uma necessária interrupção da atividade laborativa. A execução ou exercício de uma atividade, principalmente no caso do trabalho, exige esforço, e a intensidade ou a duração deles produzem um estado físico ou psíquico de tensão e fadiga. Nesse estado, a atividade sofre qualitativa e quantitativamente, o que se reflete na produtividade, podendo até ser contraproducente e causar algum acidente. Impõe-se, pois, uma parada, um “não fazer nada”, cuja finalidade não está em si mesmo, pois que visa ao repouso, descanso, a fim de se readquirirem as condições necessárias para a atividade interrompida.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

Diante disso, constata-se, que os reeducandos devem ter respeitado o direito ao descanso entre as jornadas de trabalho, bem como os domingos e feriados.

3.6 Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena.

Noutro aspecto, a Lei de Execução Penal ocupou-se da recomendação que emana de Regras Mínimas da ONU de serem organizadas as atividades recreativas e culturais em todos os estabelecimentos para o bem estar físico e mental dos presos. É esta talvez, uma maneira de manter o reeducando ocupado com atividades, não só esportivas, dantes mencionadas, a fim de oferecer ser humano que cometeu deslizes, uma conjuntura de possibilidades de ordem profissional, intelectual e artística³⁶.

Essas atividades, assim são tratadas por Mirabete (2007, p. 123):

(...) as atividades de recreação contribuem decisivamente para a eficiente recuperação do preso, vez que permite que este mantenha sua autonomia íntima, exercite sua liberdade interior e sua imaginação, sublime ou, pelo menos, canalize pulsões e cargas emocionais ou tensões físicas e psíquicas, mantendo assim o equilíbrio necessário para uma vida o quanto possível normal.

Conforme a citação em questão pode-se afirmar que o objetivo da recreação é a instituição de possibilidades favoráveis a uma condição de vida que elimine a ociosidade no interior dos estabelecimentos prisionais, mediante a oferta de atividades esportivas, intelectuais, artísticas e profissionais.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

3.7 Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, estão previstas no artigo 41, inciso VII da LEP. Essas garantias estão elencadas de forma separada, nos artigos 12, 14, 15, 17, 22 e 24, respectivamente.

No tocante a assistência material, dispõe o artigo 12 da LEP que “consistirá no fornecimento ao preso ou internado de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”.

Tratando da assistência à saúde do preso e do internado, dispõe a LEP em seu artigo 14 caput, e § 2º que:

a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, § 2º Quando o estabelecimento penal não tiver aparelhamento para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Sobre a assistência à saúde, Mesquita Júnior (1999, p.83), elucida que:

No presídio, a assistência à saúde é complicada e, na maioria das vezes, é insuficiente. Todavia, não podemos nos olvidar de que a assistência à saúde é um direito, sendo que se o presídio não tiver condições adequadas, o mínimo para que o condenado a receba em outro local, devendo ser autorizada sua saída do presídio, a fim de que o mesmo obtenha o tratamento adequado.

O que se deve ter em mente, é que independentemente de qualquer situação na qual encontre o presídio, se este tem ou não meios para que ocorra o tratamento médico, o recluso tem amparo e direito de ser tratado.

No que diz respeito a assistência jurídica aos presos e aos internados que não dispõem de recursos financeiros à contratação de defensor particular, dispõe o artigo 15 da Lei de Execução Penal sobre esse direito.

Mirabete (2007, p.72), leciona a respeito da assistência jurídica, da seguinte forma:

Em muitas hipóteses, o advogado da assistência jurídica nos presídios pode contribuir para uma adequada execução da pena privativa de liberdade, de modo a reparar erros judiciários, evitar prisões desnecessárias, diminuir o número de internações e preservar a disciplina com o atendimento dos anseios da população carcerária.

Essa intervenção e oferta de assistência jurídica é de suma importância, sendo que na maioria das vezes, o encarcerado não possui condições de constituir um defensor a fim de que tenha a garantia de uma execução penal justa.

Terá direito também o preso, à execução penal, segundo determina o artigo 17 da LEP e essa assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do reeducando e os demais internados. Sobre isso, assim entende Mirabete:

Essa assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento do tratamento penitenciário como meio para a reinserção social³⁷.

O artigo 22 da LEP, trás em sua redação a previsão de que ao preso ou internado, ainda é garantido o direito à assistência social com o objetivo de ressocialização, reparando-o para o retorno ao convívio em sociedade.

³⁷MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

Mirabete (apud Paré 2007, p. 79), define o Serviço Social como “a arte de adaptar o homem à sociedade e a sociedade ao homem”. Sobre essa previsão, o autor em menção salienta que:

Esse serviço não é, apesar da denominação, mera assistência, que consiste em diminuir ou, quando muito, eliminar os efeitos dos problemas ou das situações do assistido, mas constitui-se de tarefas e atribuições que convergem para ajudar aquele que está em dificuldades a fim de que as resolvam, proporcionando-lhes meios para a eliminação das causas desse desajuste.

Pode-se verificar, nesse sentido, a grande importância da assistência social, no processo de readaptação do preso ao convívio social, servindo como um elo que liga o cidadão preso à sociedade, a qual está temporariamente desligado.

Por fim, assistência religiosa, na qual é garantida aos presos nos seguintes moldes do artigo 24 da LEP, que assim dispõe:

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.
§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.
§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Mirabete (2007, p. 84), assevera que a religião influencia sobre maneira no bom comportamento dos encarcerados e assim manifesta-se:

Em pesquisa efetuada em diversos institutos penais subordinados à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo por um grupo de trabalho instituído pelo então Secretário Manoel Pedro Pimentel, conclui-se que a religião tem, comprovadamente, influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado e é a única variável que contém em si mesma, em potencial, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre.

Diante disso, não se deve duvidar que a religião possa transformar o modo de pensar do recluso, necessária a existência de templos ou de locais apropriados para a realização dos cultos e orações, ofertando-se ao preso a liberdade de escolha, em professar ou não sua fé.

3.8 Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo

O artigo 41, inciso VIII, da Lei de Execução Penal, determina como direito do preso, a proteção de qualquer forma de sensacionalismo.

De acordo com os ensinamentos de Mirabete (2007, p. 123), “noticiários e entrevistas que visam não à simples informação, mas que têm caráter espetaculoso não só atentam contra a condição da dignidade humana do preso, como também podem dificultar sua ressocialização após o cumprimento da pena”.

Em benefício do recluso, verifica-se o seu direito de manter sua privacidade, ou seja, de não ter sua figura exposta para sensacionalismo da mídia, embora, esta tenha o exercício do noticiário, porém, deve-se ater apenas à informação, preservando a figura do executado.

3.9 Entrevista pessoal reservada com advogado.

Dispõe o artigo 41, inciso IX, da Lei de Execução Penal, que é direito do preso a “entrevista pessoal e reservada com o advogado”.

Esse direito é fundamentado no âmbito da Constituição Federal, garantindo que os acusados possuem o direito à ampla defesa, o qual não estaria assegurado se o executado deixasse de entrevistar-se com seu defensor, mesmo estando ele incomunicável.

Nesse ínterim, ensina Mirabete (2007, p. 124), “a proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e ampla defesa no processo penal não estariam asseguradas se não permitissem a livre entrevista deste com seu advogado, mesmo na hipótese de se encontrar incomunicável”.

3.10 Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

A garantia das visitas aos detentos faz com que estes continuem mantendo os seus vínculos com o mundo exterior, sendo tal direito de fundamental importância, eis que os laços mantidos com seus familiares e amigos os levam a sentir que não foram totalmente excluídos da sociedade, facilitando uma posterior reinserção deste na comunidade.

Conforme dispõe o artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, concede-se ao preso o direito da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Nesse contexto, calha trazer a baila os ensinamentos de Mirabete (2007, p. 125):

Embora em muitas legislações a visita íntima seja considerada como recompensa ou regalia, limitada e gradativa, e concedida apenas aos sentenciados de ótimo comportamento, a tendência moderna é a de considerá-la como um direito, ainda que limitado, do preso. É um direito limitado por não ser expresso na lei como um direito absoluto e sofrer uma série de restrições tanto com relação a pessoas, como às condições que devem ser impostas por motivos morais, de segurança e boa ordem do estabelecimento.

Corroborando a afirmativa acima, temos ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

O benefício das visitas livres, que a lei prevê e insere como um dos elos da humanização da pena, não constitui direito absoluto do reeducando, mas estrita faculdade outorgada ao magistrado, exigente de simultaneidade de componentes objetivos e subjetivos, estes vinculados ao poder discricionário e prudente do juiz. Consequentemente, a denegação fundamentada na sede exclusiva da atividade *in judicando* não pode ser acoimada de ilegal (STF – RT 595/395)³⁸.

3.11 Chamamento nominal.

Outro direito inscrito na Lei de Execução Penal ao preso, encontra amparado no artigo 41, inciso XI, trata-se, do “Chamamento nominal”.

O nome gera a individualidade da pessoa, sendo que a subtração deste acarreta a perda da identidade do reeducando, sendo assim, ficam vedadas outras formas de tratamento ou designação, como a intitulação de alcunhas.

Nesse diapasão, elucida Mirabete (2007, p. 127), “a prescrição visa preservar a dignidade humana e a intimidade pessoal do preso. O sentido de ressocialização do sistema penitenciário exige que o preso seja tratado como pessoa e não como coisa, com rótulos que têm, por si mesmos, conteúdos vexatórios e humilhantes”.

3.12 Igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.

De acordo com o artigo 41, inciso XII, da LEP, há de haver, portanto, igualdade de tratamento, salvo quando a exigência da individualização da pena.

Sobre a individualização da pena, são estes os ensinamentos de Mirabete (2007, p. 127):

³⁸MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

Tal individualização, porém, tem sentido de se proceder a um correto desenvolvimento da execução da pena diante das necessidades decorrentes do processo que deve levar à inserção social do preso (regime de pena, assistência, normas de disciplina etc.) e não possibilita um tratamento discricionário racial, político, de opinião, religioso ou qualquer outro análogo.

Neste sentido, pode-se concluir que a igualdade de tratamento prevista na LEP, garante aos sentenciados o direito de ter os mesmos direitos e deveres, sendo vedada qualquer limitação a qual não se refira às medidas referentes a individualização.

3.13 Audiência especial com o diretor do estabelecimento

Sendo mais um direito previsto na Lei de Execução Penal, mais precisamente o artigo 41, inciso XIII, tem por finalidade garantir ao cidadão preso, a possibilidade de conversar com o diretor do estabelecimento carcerário.

Mirabete (2007, p. 127) no tocante ao direito acima mencionado relata que “a efetiva observação desse direito possibilita a diminuição de discriminações e abusos de poder dos guardas carcerários”.

Com o cumprimento desse direito, o diretor pode ter maior controle do que se passa no estabelecimento que dirige. Através das informações colhidas nos relatos do preso, o diretor compara ou complementa com as dos funcionários, tendo assim, melhores condições de coibir eventuais abusos e diligenciar no sentido de cumprirem-se as normas pertinentes à execução penal.

3.14 Representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito

Este direito de representação e petição a qualquer autoridade, é uma garantia na qual o condenado se vê amparado e visa um controle maior das ações da autoridade penitenciária, pelo judiciário ou por outros órgãos do Estado.

Diante da necessidade de fundamentação da decisão de representação do preso, veja-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Sentença criminal. Nulidade – Falta de fundamentação – Remoção de presidiário condenado para outro estabelecimento prisional de outro Estado – Indeferimento não justificado – Recurso de habeas corpus provido – Inteligência dos arts. 381, III, do CPP e 41, XIV e 194 da Lei nº 7.219/84. O livre convencimento do juiz não pode resvalar para o arbítrio, de sorte que está ele obrigado a fundamentar sua decisão, sob pena de nulidade (RD 608/432)³⁹.

Conforme se percebe, o direito de representação, petição e atestado em favor do reeducando, tem como objetivo, além de resguardá-lo do direito à informação e esclarecimento de situações, permite ao recluso o direito de queixa de eventuais abusos da administração penitenciária.

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

3.15 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

O direito do preso de comunicação com o mundo exterior, preconizado pelo artigo 41, inciso, XV, torna-se de suma importância, uma vez que o objetivo da execução penal em nosso ordenamento, não é só de punir, mas também o de ressocialização.

A respeito do tema, Mirabete (2007, p. 128), elucida que “o preso tem direito à liberdade de informação e expressão, ou seja, de estar informado dos acontecimentos familiares, sociais, políticos e de outra índole, pois sua estadia na prisão não deve significar marginalização da sociedade”.

Seria contrapor ao objetivo da execução penal, vedar a possibilidade do preso de manter informado do que se passa no mundo fora das grades, isso comprometeria no processo de reinserção do apenado à sociedade.

3.16 Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente

O direito ao preso de atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, foi introduzido ao artigo 41, inciso XVI, pela Lei nº 10.713/2003.

Segundo ensinamentos de Mirabete (2007, p. 226), “o atestado deve ser elaborado de modo a permitir ao preso o conhecimento, no mínimo, do tempo da pena ainda a cumprir e da data prevista para seu término”.

Por fim vale ressaltar terá direito o preso do atestado de pena a cumprir, independentemente de sua requisição, cabendo ao juiz de execução, expedi-lo anualmente.

4. CENÁRIO TEÓRICO DOCTRINÁRIO SOBRE OS DIREITOS DOS REEDUCANDOS

4.1 Dignidade da Pessoa Humana

Historicamente, todas as conquistas se deram através de muita luta, não foi diferente, com relação à conquista dos direitos do cidadão preso durante a execução penal. No Brasil, vários foram os obstáculos vencidos para que se pudesse chegar ao modelo atual, o qual conta com vários dispositivos que garante mesmo ao apenado, o direito de ser tratado com respeito e dignidade, dignidade da pessoa humana.

No que tange a dignidade da pessoa humana, assim leciona Sarlet (2002, p. 62), é:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse mesmo sentido Moraes (2005, p. 128) afirmar que:

[...] um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O que se pode observar é que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios de maior importância em nosso ordenamento, por conseguinte encontra-se ligado à própria condição do ser humano.

4.2 Responsabilidade Estatal com Relação aos Direitos do Reeducando

Visando garantir a todo cidadão, sem qualquer distinção, a dignidade necessária a seu desenvolvimento social, o ordenamento jurídico brasileiro trás em seu rol vários institutos guardiões desses direitos.

No tocante aos direitos do cidadão preso, não poderia ser diferente, a legislação brasileira é destaque, tendo vários dispositivos que tratam do tema.

Mas, o que se deve ter em mente, é que uma coisa é ter dispositivos que garantam os direitos não atingidos pela condenação, a outra é ver na prática a sua aplicabilidade.

No entender de Bobbio (1992, p. 01) :

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca ideal da “paz perpétua”, no sentido Kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

Vale lembrar que, a partir do momento em que foi entregue ao Estado a tutela jurídica de criação de leis e sua aplicabilidade, cabe a ele, o exercício de punir o cidadão pelos atos ilícitos que venha praticar, bem como, o de garantir a sua integridade física e moral e prepará-lo para a sua reinserção social.

Neste sentido assevera Silva (2001, p. 43) :

Ao exercitar o *jus puniendi* na esfera da execução penal, a atuação do Estado limita-se ao comando emanado da sentença penal condenatória. É direito do Estado exigir o cumprimento das disposições da sentença. De outra parte, são preservados os direitos do condenado ou do internado não atingidos pela decisão judicial. Logo, os parâmetros por esta traçados constituem os limites da atuação estatal.

Nos dias atuais, é visível a negligência do Estado frente ao seu papel de garantir a integridade física e moral dos presos. O descaso quanto a questões de ambiente salubre, intimidade e individualidade é assunto que reflete diretamente no sentimento de dignidade da pessoa humana, princípio e garantia constitucional que é ignorado pelo Estado.

Sobre tal aspecto Rosa (2005) explica que:

A responsabilidade do Estado, ou como preferem alguns da Administração Pública, alcança também os atos decorrentes da omissão do Poder Público na preservação dos direitos e garantias fundamentais, sem os quais o status de dignidade a todos assegurado perde o seu sentido⁴⁰.

No entender de Nucci (2008, p.1005):

[...] na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção o sistema carcerário, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante a pena privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

A inércia por parte do Estado ao longo dos anos pode ser a causa do início do caos em que se encontra o sistema carcerário, a cada ano o que se ouve são promessas e nada de ação.

⁴⁰ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. A responsabilidade do Estado e Sistema Penitenciário. 2005. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2004/pthadeu/responsabilidadeestado>. Acesso em 19/12/2011, às 12:30hs.

4.3 Visão Doutrinária Sobre Alguns Direitos Garantidos aos Reeducandos

A finalidade da Lei de Execução Penal está expressa já em seu artigo 1º, o qual trás que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Contudo, embora a Lei de Execução Penal traga em seus dispositivos uma série de direitos ao cidadão preso, a sua aplicabilidade é uma atividade complexa, e desde o seu começo deixa a desejar.

Assim, Mirabete (2004, p. 29) anota sobre o exposto:

Desde o início da vigência da lei, havia uma convicção quase unânime entre os que militam no exercício da aplicação do direito de que a Lei de Execução Penal era inexecutável em muitos de seus dispositivos e que, por falta de estrutura adequada, pouca coisa seria alterada na prática quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade e na aplicação da lei com relação às medidas alternativas prevista na nova legislação. Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanham o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um abismo da realidade nacional, o que a tem transformado em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários a sua efetiva implantação.

Na concepção de Mesquita Júnior (1999, p. 107), “o próprio legislador constituinte se preocupou com os direitos do preso. Infelizmente, a maioria desses direitos não são respeitados, representando uma violação do ordenamento jurídico”.

Nos dias correntes, o que se vivencia, é que, há uma crise em todo o sistema prisional, comprometendo diretamente a aplicabilidade dos direitos concedidos aos reeducandos.

Nesse diapasão assim leciona Roig (2005, p. 139):

Em momento de crise, a sociedade brasileira atribui a responsabilidade pela falência do sistema a uma série de fatores exógenos à estrutura normativa da execução penal em nosso país, olvidando-se, no entanto, que esta é responsável por nortear as ações e sancionar as inúmeras violações a ordem constitucional. Em lugar de corrigir as iniquidades em sede executiva, o que se vê é a legitimação de uma série de práticas arcaicas e atentatórias aos direitos mais elementares dos detentos.

Tanto a Constituição Federal quanto a Lei de Execução penal, repudia qualquer ato que venha atentar a integridade física e moral do reeducando. Contudo, problemas como, ambientes insalubres, falta de individualização das penas, violação a integridade física e moral, são fatores que interferem diretamente no processo de reincidência e processo de ressocialização.

4.3.1 Ambientes Salubres

De acordo com Mirabete (2004, p. 270), é necessário que haja uma reforma penitenciária, a começar pela estrutura dos presídios, segundo ele no Brasil:

[...] nas prisões respira-se um ar de constrangimento, repressão e verdadeiro terror, agravado pela arquitetura dos velhos presídios em que confinamento de vários presos em celas pequenas, úmidas, de tetos elevados e escassa luminosidade e ventilação [...].

A insalubridade é um dos fatores causadores de grande número das doenças contraídas dentro do sistema penitenciário, trazendo consequências muitas vezes irreversíveis, as quais podem determinar o óbito dos encarcerados.

4.3.2 Individualização das Penas

Outro problema vivenciado que por conseguinte fere o disposto na Lei de Execução Penal está no tocante à separação entre o preso provisório e o condenado por sentença já transitada em julgado.

Sobre o tema Mirabete (2004, p.254), aduz que:

[...] a pessoa submetida à prisão temporária não pode ficar recolhida juntamente com condenados ou mesmo com aqueles submetidos às demais espécies de prisão provisória [...]. Os presos provisórios (prisão preventiva ou decorrente de prisão em flagrante, pronúncia ou condenação recorrível e, agora, da prisão temporária), embora sujeitos à disciplina penitenciária, não estão submetidos às mesmas limitações e obrigações dos condenados [...], uma vez que se encontram recolhidos à prisão apenas em decorrência de uma medida cautelar, gozando ainda de uma presunção de inocência, e não em cumprimento de uma pena imposta em sentença irrecorrível.

Neste contexto, calha trazer a baila, os ensinamentos de Beccaria (2001, p.27):

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas.

Sobre o tema Marcão (2011, p.12), assevera que:

A individualização da pena no âmbito execucional, *em regra*, não ocorre, tanto quanto é ausente a classificação determinada por lei. E tudo isso, não é demais lembrar, diante dos olhos inertes de muitos que, por dever de ofício, deveriam cuidar para que a lei fosse cumprida. Não é demais reclamar que se cumpra a lei; não deve ser *dolorosamente insuportável* fazer cumprir a lei, especialmente, quando está elogiável, como na hipótese.

Observe, que ao passo em que o Estado não se adequa fisicamente com relação às estruturas das penitenciárias, torna-se impossível não haver o contato entre aqueles que estão submetidos à prisão temporária e os já condenados, sendo talvez esta, uma das causas da proliferação dos delitos.

Bitencourt (2004, p.157), adverte que: “a prisão ao invés de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”, até porque não traz “nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”.

Veja que na prática, o reeducando tem ceifado muito mais do que o direito atingido pela sentença penal transitada em julgada, perde a sua dignidade.

Para Assis (2007, p. 74), a violação dos direitos humanos dentro do cárcere “chama a atenção para a ineficácia do sistema de ressocialização do egresso prisional, já que em média, 90% dos ex-detentos voltam a delinquir e acabam retornando a prisão”.

Em outras palavras, Karan (1993, p. 192) sustenta que “de novos delitos ou o nascimento de conflitos. Pelo contrário, está evidenciado que isso não tem relação com a aplicação da pena e tampouco com a intensidade das sanções”.

Note, a urgente necessidade do Poder Executivo em criar administrativamente meios para que viabilize a construção de estabelecimentos penais aptos a promover a ressocialização do reeducando de forma que não venha violar os seus direitos.

Esperar somente pela ação do poder público se torna perigoso demais, na concepção de Ferreira (2002, p. 34):

É preciso acabar com as masmorras medievais que se tornaram nossos presídios. Esperar somente o poder público é cômodo demais – ou a sociedade participa na recuperação dos presos ou então passará lamentando o resto dos dias de que os presos têm um tratamento melhor do que merecem, da sustentação ociosa dos criminosos, que pode a qualquer instante, nas fugas, resgates ou rebeliões voltarem à cena e fazer vítimas em circunstâncias cada vez mais animalescas.

Infelizmente, não é fácil a reinserção do reeducando, até porque a sociedade ainda mantém uma visão de exclusão, é preciso também que haja um trabalho no sentido de alterar certas concepções sociais.

Neste sentido, são os ensinamentos de Baratta (1999, p. 194):

se faz necessária a compreensão dos valores e dos comportamentos presentes na sociedade na qual se pretende reinserir o preso porque não se pode falar em educação e reinserção, ou de modificação de excluídos, sem antes pensar em alterar a sociedade, a fim de que seja atingida a raiz do mecanismo de exclusão.

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sobre o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma do ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções⁴¹.

4.3.3 Integridade Física e Moral e Uso de Entorpecentes

Dentro do cárcere, dentre vários outros direitos violados, o reeducando sofre com abusos sexuais, torturas e agressões físicas, praticadas geralmente pelos agentes penitenciários, e pelos outros detentos considerados hierarquicamente superiores.

Sobre o tema, assim pontua Silva (2012, p.75):

⁴¹ ASSIS, Rafael Damaceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisões-e-o-direito-penitenciario-no-brasil. Acesso em 23/09/2012, às 15:00hs.

As prisões brasileiras, muitas delas parecidas com favelas ou campos de concentração, são dirigidas internamente pelos próprios presos, que define o local onde o preso novato será alojado, ditam regras do comércio interno, seja ele lícito ou não, são responsáveis pela distribuição de alimentos, determinam a conduta a ser obedecida nos dias de visitas, assim como têm seu próprio sistema penal interno. Embora existam exceções, a administração penitenciária do Estado, limita-se normalmente à vigilância e ao que acontece até os portões de acesso às alas e pavilhões.

Pois bem, esta é mais uma lacuna que existe entre as garantias previstas juridicamente e sua aplicabilidade, a qual, colabora diretamente com o insucesso do sistema penal e sua finalidade.

As drogas, muitas vezes responsáveis por colocar o indivíduo em cárcere, é outro problema constatado nas penitenciárias. O interessante, é que, embora o tráfico de entorpecentes sejam práticas ilícitas no meio social, dentro das penitenciárias parecem ser legalizados.

Novamente Silva (2012, p.75), salienta de forma implícita que:

Nesses ambientes, cujo controle escapa ao Estado e onde o ócio é a regra, acontece de tudo. Comércio e consumo de drogas ilícitas, uso de telefones celulares, corrupção, tortura, agressões etc., além dentre outros problemas de não menor importância, da falta de assistência à saúde, o que tem ocasionado muitas mortes por falta de mínimo atendimento médico.

Parece, que existe um poder tutelador paralelo ao do Estado, onde se criam as próprias leis, deixando a entender, que na maioria das vezes se sobressaem.

No entender de Marcão (2011, p. 05) :

A prática execucional brasileira demonstra o reincidente e impune desrespeito às garantias constitucionais incidentes, bem como a constante afronta aos dispositivos da Lei de Execução Penal, sem que inúmeras autoridades incumbidas do dever constitucional de fiscalizar, buscar e dizer o direito adotem as providências que também estão explícitas no ordenamento jurídico vigente e que, portanto, são de conhecimento presumido e exigência imperiosa.

Por fim, neste sentido, diante do exposto pela doutrina, pode-se dizer que, embora a execução penal tenha avançado na direção de uma humanização das penas, existe um descompasso total entre as garantias dispostas no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo transcrever sobre a os direitos e garantias dos presos condenados dispostos na legislação brasileira, mais especificadamente, no artigo 41 e incisos, da Lei de Execução Penal e ao longo da pesquisa foram verificadas duas situações, de um lado preocupou-se o legislador em resguardar os direitos dos reeducandos e de outro vértice, a realidade.

Para o seu desenvolvimento, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro, abordou-se a evolução histórica dos direitos garantidos aos presos no sistema prisional, passando por várias fases até chegar ao período contemporâneo, sendo de suma importância essa evolução para que se pudesse chegar ao modelo atual, o qual a pena, além de seu caráter coercitivo, também é ressocializador.

No segundo, procurou-se demonstrar como funciona a legislação específica sobre a situação prisional no país, quais os institutos e as garantias trazidas por eles. Além disso, fez-se necessário mostrar os avanços trazidos pela nossa Carta Magna no tocante a alguns direitos conferidos à população carcerária.

No Terceiro, restou necessário demonstrar cada direito concedido pela Lei de Execução Penal, que é generosa na concessão de direitos ao condenado, mais especificadamente no seu artigo 41 e incisos.

No quarto e último capítulo, a pesquisa trouxe sobre o cenário teórico doutrinário sobre os direitos dos reeducandos, dando ênfase à responsabilidade estatal e a visão doutrinária sobre o assunto.

Após a pesquisa, constatou-se que embora os dispositivos acerca dos direitos e garantias explícitos na Lei de Execução Penal sejam louváveis, estão eles separados por um abismo da realidade nacional, isso ocorre diante da inércia e omissão por parte do poder estatal, o que muitas vezes transforma a lei em letra morta, eis que, perante a latente crise existente em todo o sistema prisional torna-se impossível resguardar tais direitos, comprometendo assim a sua efetividade.

É lamentável a situação dos presídios brasileiros devido a pouca atenção dada pelo Estado. Inexiste, a ideia de humanização no cumprimento da pena, na realidade, as prisões tem se transformado em autênticas masmorras, bem distantes de garantir o respeito à integridade física e moral dos condenados. Assim, a pena, passa a ter apenas o caráter retributivo, uma vez que não se pode falar em ressocialização perante tais circunstâncias.

Ao longo desse trabalho, percebe-se que várias são as violações aos direitos dos presos na atual conjuntura do sistema prisional brasileiro, o que por si só impede que a justiça exerça seu caráter restaurador, ou seja, o condenado não é punido apenas pelo dano causado, perde a dignidade do ser humano, sendo notória a incompetência do Estado ao executar o *jus puniendi* na esfera da execução penal.

Após aprofundar mais na pesquisa, conclui-se que dentre as garantias adquiridas pelos encarcerados pela legislação, verifica-se que várias delas são violadas.

Em se tratando de ambientes salubres, pode-se afirmar que há falta de estrutura nos cárceres do Brasil, os prédios são velhos, úmidos e há escassez de luminosidade e ventilação, expondo os condenados à possibilidade de contrair doenças, trazendo consequências muitas vezes irreversíveis.

No tocante a individualização das penas, percebe-se que este direito é apenas letra morta, pois na maioria dos presídios não existe separação entre o preso provisório e o já condenado por sentença transitada em julgado, embora ambos estejam sujeitos à disciplina penitenciária, não estão submetidos às mesmas limitações e obrigações. Neste sentido, o cárcere ao invés de frear a prática de delitos, estimula-o, podendo se dizer que é uma verdadeira faculdade do crime, razão pela qual verifica-se a ocorrência da maioria das reincidências por parte dos condenados.

Dentro deste mesmo contexto, é válido ressaltar, a existência de um poder paralelo ao do Estado no interior dos estabelecimentos prisionais, uma vez que internos deste sistema exercem uma direção, ditando regras e determinando as condições de vidas para os novos detentos. Lamentavelmente, embora existam raras exceções, é de conhecimento de todos, até mesmo da Autoridade Judiciária a ocorrência de monopólios por parte dos reeducandos, isso se dá, muitas vezes por omissão do Estado que, diante de sua inércia, permite que esse poder paralelo se fortaleça cada vez mais dentro dos presídios, eis que sua

vigilância tem espaço físico determinado, qual seja, até os portões que dão acesso às celas, já que dentro destas vigoram as leis determinadas pelos “chefes” do mencionado poder.

Neste íterim, cumpre destacar ainda, a mercancia por parte do citado poder paralelo de entorpecentes no interior da maioria dos estabelecimentos prisionais, garantindo, assim, a sua manutenção, bem como vinculando a subordinação dos novos condenados a esse modelo de sobrevivência, fazendo dessa prática, que é considerada ilícita no meio social, parecer totalmente legalizada naquele local, além do que, esse vínculo acaba por garantir a prática de novos delitos, já que a dependência química é, na atualidade, uma das grandes causas da reincidência para a manutenção do vício, bem como para o pagamento de traficantes.

Por fim, calha dizer, que embora ao longo dos anos houvesse uma maior humanização na aplicabilidade das sanções penais, percebe-se a necessidade de uma fiscalização mais eficaz por parte do poder estatal, visando garantir a dignidade da pessoa humana ao encarcerado, dando-lhes condições mais dignas para o cumprimento de suas reprimendas, bem como efetivando a essência das penas aplicadas, que tratam-se de sua restauração para sua reinserção à sociedade. Outrossim, necessário ressaltar a importância da manutenção dos vínculos afetivos com os familiares, bem como a compreensão por parte da sociedade no sentido de resgatar aos condenados seus valores sociais, dando-lhes oportunidades para sua reinserção ao meio social.

Concluindo, verifica-se que existem no ordenamento jurídico brasileiro vários institutos visando a aplicabilidade dos direitos inerentes à pessoa humana do preso na execução penal, tem-se a Constituição Federal, o Código Penal e Processo Penal, Tratados Internacionais e a Lei de Execução Penal. Porém, infelizmente, não se verifica a eficácia na aplicabilidade de tais garantias contidas nestas normas, demonstrando o incidente e impune desrespeito na prática executiva, afrontando aos dispositivos dos institutos supra citados. Neste sentido, para que a execução penal atinja o seu fim, precisa-se que haja melhorias na estrutura de todo o sistema carcerário brasileiro, é necessário um maior investimento na educação, na estrutura dos presídios, que o Estado faça valer a tutela a ele transferida, fazendo com que a qualidade intrínseca e distintiva a cada ser humano seja respeitada.

Finalizando, faz-se necessário transcrever as palavras do Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso, ao participar de um evento em São Paulo, “Do fundo do meu coração,

se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer”⁴².

⁴²NOTÍCIAS. Disponível em: g1.globo.com/.../ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-pr... Acesso em 04/12/2012, às 17:20hs.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisões-e-o-direito-penitenciario-no-brasil. Acesso em 19/05/2012, às 10:00hs.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Revista CEJ, Brasília. Ano XI, Nº 39, p. 74, 2007.

ARAGÃO, Juliana Rossi. Transtornos da Personalidade: Estudo sobre a Inimputabilidade. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Rossi%20Aragao.pdf>. Acesso em: 20/05/2012, às 18:00hs.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 184.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, pp. 38-39;

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 2003, pp. 43, 52;

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Editora Martin Claret. São Paulo, 2001, p.27.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997, p. 27. Disponível em: Direitos dos Presidiários à Luz da Constituição. Isabela de Brito Feitosa. www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/06/2012, às 14:00hs.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.34.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

BITENCOURT, Cezar Roberto . BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas. 3ªedição. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 09,12,16;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência das Penas de Prisão, Causas e Alternativas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 28, 32, 37, 38 e 52;

BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Rio de Janeiro, 13º Tiragem. Editora Campus, 1992, p. 01.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 22 e 24;

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 179 § 18. Disponível em: Revista Brasileira, Ciências Criminais. Ed. RT, jan. 2003, Vol. II, n° 42, p. 265.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 179 § 19. Disponível em: Revista Brasileira, Ciências Criminais. Ed. RT, jan. 2003, Vol. II, n° 42, p. 265.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 179 § 21. Disponível em: Revista Brasileira, Ciências Criminais. Ed. RT, jan. 2003, Vol. II, n° 42, p. 265.

CAMPANARI, Simone Doreto. Penas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro: Uma Análise de suas Bases de Legitimação e de seus Princípios Constitutivos em Face das Penas Privativas de Liberdade. Disponível em: www.fundamet.br/.../Penas_Alternativas_no_sistema_penal_brasileiro... Acesso em 20/05/2012, às 22:00hs.

CIRENZA, Cristina de Freitas. NUNES, Clayton Alfredo. Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado10.htm>. Acesso em: 19/05/2012, às 9:30hs.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, XXXIX. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, XL. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, XLV. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, XXXVII, LIII. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, LVII. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, III, XLIX. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5°, XLVII. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 84, XIX. VADE MECUM, 2010. Ed. Saraiva.

DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. São Paulo: RT, 1998.

DOTTI, René Ariel. A globalização e o direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, SP, ano 7, n.86, 2000, p. 71. Disponível em: Direitos dos FEITOSA. Isabela de Brito. Presidiários à Luz da Constituição. Disponível em: www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/07/2012, às 16:00hs.

FERREIRA, Edson Raimundo. Manual – Principais instrumentos legais para uma atuação com respeito aos direitos humanos. Orientação de Uso de Armas de Fogo. São Paulo: Loyola, 2002, p. 34.

FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir, 24ª Edição, Editora Vozes, pp. 9, 12 e 13;

FREITAS, Adir. Evolução Histórica da Pena III – A Idade Média e a Idade Moderna. Disponível em: adireito2011.blogspot.com/.../evolucao-historica-da-pena-iii-dade.ht... Acesso em: 20/05/2012, às 20:30hs.

GUERRA, Ronaldo José. Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade. Disponível em: repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3575/1/ulfd112286_tese.pdf. Acesso em: 21/05/2012, às 17:00hs.

MARCÃO, Renato. Execução Penal – Ideal Normativo e Realidade Prática. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano VII, Nº 39. Editora Magister, 2011, pp. 05 e 12.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 3º, VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, I. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, II. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, III. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, IV. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art.41, VII. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 12. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 14, caput. § 2º VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 15. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 17. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 22. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, VIII. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 24. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, IX. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, X. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, XII. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, XIII. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 41, XVI. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Art. 1º. VADE MECUM. Ed. Saraiva.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Manual de Execução Penal: Teoria e Prática (de acordo com a lei nº 9714/98). São Paulo: Atlas, 1999. pp. 83, 107.

MIRABETE, Julio Fabbrini – Execução Penal – 5ª Ed. Revista e Atualizada – Editora Atlas S.A. – 1994 – pp. 33/34;

MIRABETE, Julio Fabbrini, em Execução Penal, 11ª Ed. Editora Atlas, 2007, SP. pp. 23,24 e 26.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11º Ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 29, 254 e 270.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11-7-1984 / Julio Fabbrini Mirabete. – 11. Ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007. pp. 47, 72, 79, 84, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 226.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Constituição. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 67,68. (Tomo II). Disponível em: Direitos dos Presidiários à Luz da Constituição. Isabela de Brito Feitosa. www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/06/2012, às 14:00hs.

MISCIASCI, Elizabeth. Código de Leis o Início e a Transação. Disponível em : www.eunanet.net/bet/news/topicos/leis.htm. Acesso em 19/05/2012, às 17:00hs).

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp.02, 128, 195, 196, 211 e 265.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 202, 307, 330, 334, 336, 337, 341 e 343.

MOTTA, Sylvio. DOUGLAS, William: Direito Constitucional. 8. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2001, pp. 82,85, 88.

NOGUEIRA, Carla Renata Ferreira. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/Juridica/article/.../525. Acesso em 21/05/2012, às 16:00hs.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 5 ed, atual e ampla. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 1005,1017.

NOTÍCIAS. Disponível em: g1.globo.com/.../ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-pr...Acesso em 04/12/2012, às 17:20hs.

REALE JUNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. Ria de Janeiro: Forense, 1983, p. 77;

Revista Brasileira de Ciências Criminais – Ed. Revista dos Tribunais – n.º 42, Ano 11 – janeiro – março 2003 – pp. 264,265 e 267;

ROIG, Rodrigo Duque. Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 139.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. A Responsabilidade do Estado e Sistema Penitenciário. [S.l.]. 2005. Disponível em: http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2004/pthadeu/responsabilidade_estado.htm>. Acesso em 19 dez. 2011, às 12:30hs.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2 . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

SILVA, Haroldo Caetano da. Manual de Execução Penal. 1º edição. Editora e Distribuidora Bookseller, 2001, p. 43.

SILVA, Haroldo Caetano da. Punição Disciplinar ao Preso do Regime Fechado: Primeiras Impressões sobre a Uniformização da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano VIII. Nº 46. Editora Magister, 2012, p. 75.

KARAN, Maria Lucia. De Crimes, Penas e Fantasias. 2º ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 192.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 172. Disponível em: Direitos dos Presidiários à Luz da Constituição. Isabela de Brito Feitosa. www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6082. Acesso em 13/06/2012, às 14:00hs.