

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



LANUSSY GRAZIELE DE OLIVEIRA

OS DIREITO DOS PRESOS,
NA PERSPECTIVA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

RUBIATABA-GO

2013

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



LANUSSY GRAZIELE DE OLIVEIRA

OS DIREITOS DOS PRESOS,
NA PERSPECTIVA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada a FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Pedro Henrique Dutra.

Tombo nº:	19624
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	18-02-14

S- 41927

RUBIATABA - GO

2013

RESUMO: O trabalho que ora se apresenta analisa o direito dos presos sob a égide dos dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Ao apenado são devidas várias garantias, a fim de que possa cumprir sua pena em condições consonantes com a dignidade da pessoa humana, fato não condizente com a realidade do atual sistema prisional brasileiro, diuturnamente criticado por suas estruturas precárias. Ademais, a sanção que é imposta ao cidadão criminoso tem como função não apenas punir, ou, ainda, castigar, como ocorria nos primórdios da humanidade. Mais do que isso, a pena abarca, atualmente, natureza ressocializadora, visando trazer o sentenciado à harmoniosa convivência em sociedade.

Palavras-chave: Direito Penal. Execução Penal. Direitos do preso. Ressocialização. Sistema prisional brasileiro.

DEDICATÓRIA

À Deus, atribuo a minha dedicação maior, porque tem sido tudo em minha vida.

Dedico a você que sempre me fez acreditar na realização dos meus sonhos, que permaneceu sempre ao meu lado, minha rainha mãe Lilia Adriana de Oliveira.

Aos meus avós já falecidos Antônio de Oliveira e Gervina Maria de Moura, que mesmo estando no céu estão me protegendo.

AGRADECIMENTOS

Muitos são responsáveis por minha vitória, agradeço em especial a Deus por me proporcionar a vida.

Agradeço a minha querida mãezinha que ao meu lado caminhou, acreditou em mim, em meu sucesso, de uma forma incansável. Pois sem o apoio dela eu não teria conseguido.

Agradeço aos meus colegas de faculdade, àqueles que por muitas vezes foram meus professores.

Agradeço ao meu professor Pedro Henrique Dutra, por ter aceitado ser o meu orientador, pela grande amizade que me proporciona e pelo grande exemplo de profissional e ser humano que é pra mim.

Agradeço a minha amiga Lienny Djianny, simplesmente por vibrar de alegria juntamente comigo em mais uma de minhas vitórias.

Enfim, a todos o meu muito obrigada!

ABSTRACT: The work presented here examines the rights of prisoners under the support of the provisions of the Criminal Sentencing Act (Law No. 7.210/84). When convicts are owed several guarantees in order that it may serve his sentence in conditions consonant with the dignity of the human person, not consistent with the reality of the fact that current Brazilian prison system, incessantly criticized for their poor structures. Moreover, the sanction that is imposed on the criminal citizen has the function not only punish, or even castigate, as occurred during the dawn of humanity. More than that, the penalty includes currently nature of re-socialize, aiming to bring sentenced to harmonious living in society.

Keywords: Criminal Law. Criminal Enforcement. Prisoner's rights. Resocialization. Brazilian prison system.

ABREVIATÖES

LEP:	Lei de Execução Penal
Art./art.:	Artigo/artigo
Arts.:	Artigos
Ed.:	edição
RDD:	Regime Disciplinar Diferenciado
N�:	Número
�:	Parágrafo
p.:	página
Apud:	citado por
j.:	julgado
Câm.:	Câmara
TACrimSP.:	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
Rel.:	relator
Ag.:	agravo
RT.:	Revista dos Tribunais
TJSP:	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Min.:	Ministro
RHC:	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
Des.:	Desembargador
CCrim.:	Câmara Criminal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL.....	13
1.1 Fases da vingança penal.....	14
1.2 Direito Penal dos hebreus.....	16
1.3 Direito romano.....	16
1.4 Direito germânico.....	17
1.5 Direito canônico.....	17
1.6 Direito medieval.....	18
1.7 Período humanitário.....	19
1.8 Escola Clássica.....	20
1.9 Escola Positiva.....	21
1.10 O Direito Penal em solos brasileiros.....	22
1.11 As penitenciárias no Brasil.....	24
2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS DOS PRESOS.....	27
2.1 Lei de Execução Penal.....	27
2.1.1 Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.....	32
2.2 Dos direitos e deveres do preso.....	33
3 GARANTIAS NORMATIVAS EM FAVOR DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL.....	36
3.1 Os princípios que devem orientar o quadro protecionista.....	37
3.1.1 Princípio do Estado de Direito.....	37
3.1.2 Princípio da Culpabilidade.....	38
3.1.3 Princípio da Humanidade.....	39
3.2 Direitos infraconstitucionais de observância obrigatória.....	41
3.2.1 Direito à alimentação suficiente e vestuário.....	41
3.2.2 Direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.....	41
3.2.3 Direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.....	46
3.2.4 Direito ao chamamento nominal.....	46
3.3 Os direitos do preso no tocante à condenação.....	47
3.3.1 Direito à entrevista pessoal e reservada com o advogado.....	48
3.3.2 Direito a visitas.....	49

FOLHA DE APROVAÇÃO

LANUSSY GRAZIELE DE OLIVEIRA

**OS DIREITOS DOS PRESOS NA PERSPECTIVA DA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACER FACULDADES - UNIDADE DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____
Pedro Henrique Dutra
Especialista em Educação, Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador: _____
Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador: _____
Agenor Miguel
Especialista em Direito Previdenciário

**RUBIATABA
2013**

3.3.3 Igualdade de tratamento.....	50
3.3.4 Audiência com o diretor.....	51
3.3.5 Representação e petição.....	51
3.3.6 Contato com o mundo exterior.....	53
3.3.7 Atestado de pena a cumprir.....	54
4 DIREITOS E DEVERES QUANTO AO TRABALHO DO PRESO.....	55
4.1 Noções gerais sobre o trabalho do preso.....	55
4.2 Jornada de trabalho e remuneração.....	60
4.3 Trabalho interno.....	61
4.4 Trabalho externo.....	63
4.5 Remição pelo trabalho.....	64
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho fará uma abordagem a respeito do (des)cumprimento das normas atinentes aos direitos dos presos no Brasil. Veremos como estes são tratados nas carcerárias brasileiras e se, de fato, as garantias traçadas pela Lei de Execução Penal são respeitadas na prática.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. No capítulo inaugural, trabalharemos o contexto histórico do Direito Penal. Tendo como base os ensinamentos de autores consagrados, veremos como surgiu este ramo do Direito, bem como a evolução das penas conforme a sociedade.

Poderemos perceber, dentre vários aspectos, que a pena não possuía o caráter ressocializador que abarca hodiernamente. Nas premissas da humanidade, o criminoso era totalmente rejeitado pelo seu meio social, tendo a pena o mero escopo de vingar os demais membros da comunidade.

Diante disso, após longos períodos de desumanidade em relação ao caráter sancionador da pena, surge, como veremos, estudiosos preocupados com o que se presenciava até então. Foi aí que o Direito Penal começou a analisar os melhores meios de se punir o delinquente, preocupando-se, inclusive, com sua retomada à sociedade.

Entretanto, um aspecto negativo surge para colocar em cheque a eficácia do sistema de execução, qual seja, a superpopulação carcerária. No Brasil, trata-se de um grave problema social, que faz com que a população descredite que um preso possa se readaptar à vida em sociedade. Veremos, com base em dados reais, como está o sistema prisional de nosso país.

No segundo capítulo, iremos analisar a evolução histórica das normas que disciplinaram o cumprimento da pena em solos brasileiros, até o surgimento da Lei 7.210/84, considerada um avanço legislativo no que tange as regras de execução penal. Poderemos perceber que, formalmente, a lei é plausível, vez que tipifica várias normas de modo a

proteger a integridade dos presos, embasada no princípio universal da dignidade da pessoa humana.

Aqui, um ponto em destaque será a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado. Analisaremos opiniões de entendedores do Direito que o consideram inconstitucional, por se tratar de uma pena dirigida a alguém já apenado. De outro lado, há quem o defenda, por considerá-lo uma forma de se manter a ordem dentro do sistema prisional.

Ao adentrarmos no terceiro capítulo, ponto crucial da problemática em questão, estudaremos os princípios que norteiam o aspecto protecionista do Estado. Com base em tais princípios, buscaremos compreender em que deve ser baseado o caráter punitivo da pena, sempre respeitando o preso, como sendo um indivíduo com direitos e deveres.

Em relação a estes direitos, serão elencados e explicados quais estão previstos na Lei de Execução Penal, como sendo indispensáveis ao bom tratamento do apenado. Na prática, estes direitos são respeitados? O princípio basilar da individualização da pena é levado a sério quando vários presos são postos em lugares com condições inabitáveis, com grau de periculosidade diverso uns dos outros? O Poder Público garante condições aos presídios para que estes atendam às necessidades dos condenados e cumpram com tudo o que é exigido pela legislação em comento? Estas e outras questões polêmicas serão abordadas neste capítulo.

Por fim, arrematando as exposições, será analisado outro ponto polêmico, desta vez relacionado com o trabalho do preso, tanto como dever quanto como direito. É verdade sabida que o desemprego assola a sociedade brasileira e, certamente, exigir que os sentenciados sejam empregados não é tarefa fácil. Entretanto, temos que o legislador colocou o trabalho também como sendo um direito, podendo ser cumprido inclusive fora do local de cumprimento da pena. Ademais, perceberemos que o trabalho do preso é preponderante para que ele possa remir de sua pena, utilizando dias trabalhados para descontar o tempo que ainda tem de cumprimento da sanção.

Veremos, através de notícias, lugares onde os presos têm acesso ao trabalho. Depoimentos de conhecedores destes ambientes alegam que é um avanço considerável, pois retiram os apenados da ociosidade e contribui para uma melhor convivência no presídio.

Entretanto, iremos perceber, a demanda carcerária é intensa e não é integralmente atendida por esses tipos de programas.

Diante disso, temos que a problemática que se pretende discutir, embora não seja tema inédito, envolve um enorme problema social. A violação aos direitos do preso, tendo como grande responsável o descaso do Poder Público e a consequente precariedade do sistema carcerário, é algo que deve ser combatido, vez que, ao serem postos em liberdade, o ex-condenado, certamente, não estará ressocializado e, provavelmente, voltará a delinquir.

Como metodologia no desenrolar do presente trabalho, serão utilizadas pesquisas bibliográficas visando exaltar conceitos e pareceres de doutrinadores respeitados na seara do Direito Penal. No âmbito da legislação, utilizaremos dispositivos da Constituição Federal e, principalmente, da Lei de Execução Penal, a Lei 7.210/84 (LEP).

No que tange ao contexto histórico, destacaremos normas antigas para uma melhor compreensão do tema em seus primórdios, de modo a possibilitar a visualização das mudanças ao longo do tempo. Além disso, pesquisas na internet auxiliarão na busca por notícias que retratam e evidenciam casos concretos com aspectos relacionados à problemática em questão. Em tais casos, serão demonstrados tanto a situação do sistema carcerário brasileiro, como também situações em que é possível alcançar a almejada ressocialização do sentenciado. Perceberemos quais fatores são necessários para tal.

O raciocínio metodológico empregado será o indutivo. Conforme Lakatos e Marconi (2010, p. 88), referido raciocínio parte das particularidades e ascende às teorias e leis.

Ao final, restará confeccionada uma monografia com base em todos os levantamentos registrados, o que permitirá, em sede de arremate, formar uma conclusão crítica da problemática que se pretendeu analisar e discutir.

1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL

Neste capítulo inicial, abordaremos a evolução histórica da norma penal e as diversas mudanças que se verificam no decorrer do tempo. Para tanto, estudaremos várias épocas, desde a antiguidade até os dias atuais, bem como a evolução do sistema prisional brasileiro, com o consequente surgimento da Lei de Execução Penal (LEP), considerada um marco histórico em nosso ordenamento jurídico.

O ser humano, desde seus primórdios, era submetido a sanções por se envolver em atos cuja natureza era desaprovada pelos demais componentes de seu grupo social. Ou seja, quebravam regras predeterminadas, às quais foram sendo impostas conforme os aglomerados foram sendo formados.

Teles (2004, p. 54) registra que há quem diga que o primeiro direito a surgir teria sido o direito penal. Isso se justificaria pelo fato de o homem primitivo ter a necessidade de reprimir aquele que ousasse contrariar algum interesse seu ou de seu grupo.

Neste sentido, Mehmeri (2000, p. 9) registra que:

Até onde vai o conhecimento histórico do homem, sabe-se que, desde quando se foram formando pequenos agrupamentos, começaram a surgir normas, em forma consuetudinária, para repressão às condutas consideradas perniciosas à paz social. A pena era aplicada, inicialmente, de dentro para fora do grupo, já que a precária forma de convivência dos clãs estruturava-se no conglomerado comum, tanto de ordem pessoal quanto patrimonial. Punia-se o membro de outra tribo que, de alguma forma, perturbasse a paz do grupo.

O que prevalece durante toda a história da humanidade é a existência de cidadãos que vivem de forma pacífica, respeitando os padrões sociais. Por outro lado, existe também outro grupo que acaba descumprindo preceitos de ordem e, por essa razão, submete-se a algum tipo de penalidade.

Carrara (apud MEHMERI, 2000, p. 10), após estudos acerca da evolução do direito penal até a segunda metade do século XIX, compreende quatro fases quanto a tal evolução:

- a) Teleológica - Direito e religião se confundem. A infração é mais pecado que crime.
- b) Metafísica - Começam as incertezas quanto ao transcendentalismo da pena. Século XVIII.
- c) Matemática - A pena tem quantidade fixa, preestabelecida para cada crime.
- d) Ontológica - Avaliação do crime, a cada caso, para fixação da pena. Século XIX, segunda metade.

Percebemos, outrossim, que o caráter da pena adquire, com o passar do tempo, uma função de ressocializar o cidadão que comete algum delito, modificando o caráter antigo de mera punição e/ou vingança. A ideia agora é fazer com que o apenado se arrependa do mal que causara a outrem e que retorne à harmoniosa convivência em sociedade, após cumprir sua pena.

1.1 Fases da vingança penal

Sob a égide dos ensinamentos de Mirabete (2001, p. 35), durante a fase denominada de vingança privada, ao ser cometido um delito, conseqüentemente havia a reação da vítima, de seus parentes e, até mesmo, do grupo social. Estes agiam sobre o infrator sem nenhuma proporção à ofensa que provocara, estendendo-se, referida vingança, inclusive ao grupo ao qual pertencia, o então meliante. Caso o transgressor fosse membro da tribo, o mesmo estaria submetido ao banimento, ou "expulsão da paz", ficando à mercê de outros grupos que, não raras vezes, lhe imputavam a morte. Por outro lado, se pertencesse a grupo diverso daquele que habitava a vítima, travava-se uma verdadeira guerra entre os grupos, a denominada "vingança de sangue".

Conforme a sociedade fora evoluindo, e com a finalidade de se evitar a eliminação das tribos por causa das batalhas de vingança, surge o talião. Como bem leciona Mirabete (2001, p. 36), o talião "limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente)". Ainda segundo o autor, tal premissa foi adotada no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (Hebreus) e na Lei das XII Tábuas (Roma).

Trata-se de considerável avanço no que tange à pena. Teles (2004, p. 55) conclui que "apesar de hoje o acharmos um absurdo, foi um avanço, à medida que veio estabelecer certa proporcionalidade entre o delito e a pena, até então inexistente". Outro não é o entendimento de Nucci (2006, p. 58), segundo o qual, "não é demais destacar que a adoção do talião constitui uma evolução no direito penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor".

Como dito, o talião foi adotado no Código de Hamurábi, datado de 2083 a.C., que, segundo lições de Mehmeri (2000, p. 11), "é a mais antiga legislação de que se tem notícia". Vale a pena citar algumas de suas disposições galgadas no "olho por olho, dente por dente":

3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.¹

Em seguida, surgiu a composição. Segundo Mirabete (2001, p. 36), tratava-se do "sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade (pagamento em moeda, gado, armas etc.)". A composição, também verificada no Código de Hamurábi, bem como pelo Pentateuco e pelo Código de Manu (Índia), foi adotada pelo Direito Germânico, sendo consideradas as premissas da indenização cível e da multa penal que conhecemos hodiernamente.

¹ Código de Hamurábi (2083 a.C.). Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

Posteriormente, surge a fase da vingança divina, devido à intensa presença da religião na vida dos povos primitivos. Punia-se, nesta época, para que, em tese, agradasse aos deuses. Mais uma vez citando os apontamentos de Mirabete (2001, p. 36), temos que "o castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação". O autor leciona ainda que esta prática foi adotada no Código de Manu, bem como na Babilônia, Egito, China, Pérsia e Israel.

Por fim, atendendo a evolução dos povos, emergiu a fase da vingança pública. Aqui, o Estado toma para si o poder de punir e, segundo Mirabete (2001, p. 36), "visou-se à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel". Observamos, desta forma, que o Estado quis garantir a sua soberania e estabilidade, cuidando de reprimir aqueles que transgredissem as ordens por si emanadas.

1.2 Direito Penal dos hebreus

Segundo concepções de Mehmeri (2000, p. 11), o mais antigo sistema penal do povo hebreu é o Talmud, datado de 1500 a.C., tendo sido editado por Moisés, cuja inspiração é estritamente religiosa.

Mirabete (2001, p. 36) ensina que a pena de talião, a partir de então, foi substituída pela multa, prisão e gravames físicos. Para ele, "o Talmud foi um formidável suavizador dos rigores da lei mosaica". A pena de morte foi extinta, sendo utilizada em seu lugar a prisão perpétua sem trabalhos forçados.

Ainda segundo o autor acima citado, aqui os crimes poderiam ser vistos como aqueles contra a divindade e os contra o semelhante.

1.3 Direito romano

Mehmeri (2000, p. 13) leciona que os romanos, mais que qualquer outro povo da época, evoluíram seu sistema penal com Justiniano, começando pela Lei das XII Tábuas e se estendendo até a decadência do Império. Ademais, foi Roma quem primeiro apartou direito e religião.

Conforme leciona Mirabete (2001, p. 37), temos que, finalmente, a pena abarcou, em regra, caráter público. A pena de morte foi, praticamente, extinta do ordenamento jurídico, dando lugar ao exílio e à deportação.

Ainda segundo o autor retromencionado, o Direito Romano exerceu forte influência na evolução do Direito Penal. Foram criados princípios a respeito do erro, culpa, dolo, imputabilidade, agravantes, atenuantes, legítima defesa, etc.

1.4 Direito germânico

Segundo Mirabete (2001, p. 37), durante os primórdios do direito penal germânico, não eram encontradas leis escritas, pois predominavam os costumes, com características da vingança privada e da composição. Mais tarde, influenciado pelo Direito Romano e pelo cristianismo, foi aplicado o talião.

Mehmeri (200, p. 15) registra que, quando ocorriam crimes graves, ao infrator era imputada a pena de morte. Se o caso era de crime menos grave, o talião era utilizado. No mais, prevalecia a indenização. Ademais, certos crimes poderiam provocar duelos, mutilação e exílio.

1.5 Direito canônico

Interessantes os apontamento de Mehmeri (2000, p. 15) a respeito do caráter sacro do direito canônico:

Inspirado no princípio religioso de que somos todos filhos de Deus, humanizou a pena de morte, transferindo seu cumprimento para o âmbito civil. Pregava como finalidade da pena, não somente a expiação do mal causado, mas via também na punição o aspecto regenerador do criminoso. Um pecador que precisava voltar para o mundo cristão.

Percebemos, com tal passagem, que a pena começava a buscar o arrependimento e a consequente melhoria de vida ao delinquente. Além disso, houve a acentuação da igualdade entre os homens, sendo todos filhos do Pai.

Leciona Mirabete (2001, p. 37), que a Igreja contribuiu de maneira positiva para a humanização do Direito Penal, mesmo que estivesse visando o predomínio do Papado e os interesses religiosos de domínio. Outro ponto positivo foi a tentativa de extinguir as ordálias e os duelos judiciais.

1.6 Direito medieval

O que mais chama a atenção durante este período é a presença de penas extremamente cruéis. Tais práticas visavam a intimidação.

Mirabete (2001, p. 38), explica que as sanções não eram igualitárias, sendo definidas conforme condições social e política do delincente. Era comum o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura, as penas infamantes, bem como as mortes na fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc.

Os locais destinados aos detentos, de certa maneira, condiziam com o momento de barbárie que se vivia. Mehmeri (2000, p. 15), registra que "os cárceres eram de condições subumanas, como se fizessem parte também das punições. Alguns historiadores dizem até que a sobrevivência dentro deles não era possível por mais de oito dias". Ou seja, quando o apenado

não era morto ou submetido a outra pena aterrorizante, o mesmo era preso mas, mesmo assim, estava sujeito à morte devido às condições inabitáveis.

Embora tenha havido progressos, como a proscrição das indenizações, bem como o princípio da publicização da pena, o autor acima citado ensina que a crueldade que envolveu as penas durante este período justifica-se pelas crises e pela necessidade de se manter o absolutismo no poder.

1.7 Período humanitário

Segundo concepções de Mirabete (2001, p. 38), o Período Humanitário do Direito Penal iniciou-se no decorrer do Iluminismo. Este período pregou a reforma das leis penais e da administração da justiça penal no século XVIII. Trata-se, portanto, de reações quanto às penas cruéis e desumanas que prevaleciam até então.

Passa-se a analisar o crime e toda a problemática penal sob aspectos filosóficos e sociais. "Dos delitos e das penas", obra de autoria de Cesare Bonesana Marquês de Beccaria, escrita em 1764, é considerada o marco da reação contra a barbárie que se via até aquele momento. Mirabete (2001, p. 38), analisando a referida obra, compreende que, "demonstrando a necessidade de reforma das leis penais, Beccaria, inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral".

Garcia, também analisando a importância que "Dos delitos e das penas" caracteriza para o Direito Penal moderno, registra que:

"Dos delitos e das penas" é uma obra que se insere no movimento filosófico e humanitário da segunda metade do século XVIII, ao qual pertencem os trabalhos dos Enciclopedistas, como Voltaire, Rousseau, Montesquieu e tantos outros. Na época havia grassado a tese de que as penas constituíam uma espécie de vingança coletiva; essa concepção havia induzido à aplicação de punições de consequências muito superiores e mais terríveis que os males produzidos pelos delitos. Prodigalizara-se a prática de torturas,

penas de morte, prisões desumanas, banimentos, acusações secretas. Foi contra essa situação que se insurgiu Beccaria. Sua obra foi elogiada por intelectuais, religiosos e nobres (inclusive Catarina da Rússia). As críticas foram poucas, geralmente resultantes de interesses egoísticos de magistrados e clérigos. A humanidade encontrava novos caminhos para garantir a igualdade e a justiça.²

A obra de Beccaria condenava as barbaridades que eram imputadas aos criminosos, bem como a clareza das leis para que a interpretação fosse a mais adequada possível. Mehmeri (2000, p. 16) destaca ainda a presunção de inocência, princípio basilar de nosso ordenamento penal atual. Segundo este autor, "estava preparado o terreno para os significativos avanços e humanização do direito penal". Isso porque, a partir de então, escolas penais surgiram com o fim de reformar a essência do Direito Penal.

1.8 Escola Clássica

Os doutrinadores da primeira metade do século XIX retrataram as ideias do Iluminismo que foram trazidas por Beccaria. Tal junção de autores, como registra Mirabete (2001, p. 39), ficou conhecida como Escola Clássica.

O maior expoente desta corrente, ainda sob a égide da obra acima citada, foi Francesco Carrara. Para ele, o crime era "a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso". Nota-se, com isso, a noção de crime que temos hodiernamente, principalmente no que diz respeito ao princípio da legalidade, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina.

Vale a pena ressaltar os apontamentos de Mehmeri (2000, p. 17) acerca da Escola Clássica:

² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

A pena, para os clássicos, tem caráter meramente punitivo e deve ser determinada, em maior ou menor escala, tendo em vista a maior ou menor gravidade do crime. Nesse particular, duas correntes se desenvolvem: uma, por influência do iluminismo, vê na punição uma necessidade social. Aí estão Beccaria, Filangieri, Carminani, dentre outros. A segunda corrente, já na fase madura da Escola, inspirada nos princípios do jusnaturalismo, vê na pena simples exigência ética de retribuição.

Ideias maduras e sensatas foram trazidas para que houvesse a equivalência entre a gravidade do delito e a intensidade da pena. Esta visa proteger os bens juridicamente tutelados penalmente, não podendo ser arbitrária e tendo como finalidade, sobretudo, a defesa social.

1.9 Escola Positiva

Mirabete (2001, p. 40) leciona que o movimento naturalista do século XVIII exerceu forte influência no Direito Penal. Tal movimento defendia a experiência como sendo mais eficaz que a razão. Surgiu, nesta época, a chamada Escola Positiva.

O nome mais conhecido desta corrente é Lombroso, responsável pela criação da figura do criminoso atávico. Mehmeri (2000, p. 17), a respeito das concepções de Lombroso, registra que este considerava que o criminoso já nascia assim, predeterminado para a delinquência, decorrente de fatores biológicos.

Para Mirabete (2001, p. 42), os princípios básicos da Escola Positiva, resumidamente, são:

O crime é fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade. A pena é medida de defesa social, visando a recuperação do criminoso ou à sua neutralização. O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente.

Justamente por causa da lógica experimental, a pena deveria ser indeterminada, durando enquanto durasse o tratamento do infrator, ora tido como um paciente.

1.10 O Direito Penal em solos brasileiros

Tendo como base as lições de Mirabete (2001, p. 42), concluímos que, durante a colonização do Brasil, os indígenas que aqui já se encontravam dispunham de meios para punir os que ousassem transgredir seus costumes. Tais ideias de punição abarcavam semelhanças com a vingança privada, a vingança coletiva e o talião. Porém, nenhuma destas práticas conseguiu ser preponderante quando da aplicação em nosso ordenamento, como se pode observar nas palavras de Pierangelli, citado pelo autor acima, segundo o qual, "dado o seu primarismo, as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o nosso país em nenhum momento influíram na nossa legislação".

Vigoraram, nesta época, ainda sob a égide dos estudos de Mirabete (2001, p. 42-43), as Ordenações Afonsinas, até 1512, e Manuelinas, até 1569, sendo que estas vieram a ser substituídas pelo Código de D. Sebastião, até 1603. Posteriormente, o Brasil passou a adotar as Ordenações Filipinas, cuja essência abarcava ideias do período medieval, onde o crime era confundido com pecado e com ofensa moral, culminando em penas severas. Dentre outras barbaridades, eram comuns as penas de morte executadas pela força, pela tortura, pelo fogo etc.

Após a proclamação da Independência, explica Mirabete (2001, p. 43) que a Constituição de 1824 previa que deveria ser elaborada uma nova legislação penal. Seis anos depois, em 1830, surge o Código Criminal do Império, de índole liberal, prevendo atenuantes, agravantes, julgamento especial para os menores de 14 anos e um esboço da individualização da pena. No tangente à pena de morte, esta só veio a ser tolerada após incessantes discussões no Congresso, sendo aceita para evitar a prática de crimes pelos escravos, devendo ser executada pela força.

Mehmeri (2000, p. 20-21) compreende que o Código Criminal do Império foi de "ótima qualidade", tendo sido reconhecido "no mundo inteiro pelos seus avanços". O autor, citando Martins, ressalta que:

O fato eloquente a denunciar a excelência do diploma de 1830, na época em que foi sancionado, está na grande influência que exerceu, direta ou indiretamente, sobre a legislação penal de vários países, havendo largamente inspirado o Código Espanhol de 1848, que, por sua vez, foi o modelo seguido por quase todos os códigos penais da América, de origem hispânica.

Além das características citadas por Mirabete, Mehmeri, na obra mencionada, elenca ainda, como relevantes avanços deste ordenamento, a imprescritibilidade das penas e a reparação criteriosa dos danos. Porém, omitiu-se no que se refere aos crimes culposos.

Com a proclamação da República, foi elaborado, em 1890, o Código Penal da República que, como bem ensina Mehmeri (2000, p. 21), teve grande influência da corrente clássica. Em decorrência da forma como foi elaborado, visando adaptar-se às novas condições do povo brasileiro, como a libertação dos escravos, por exemplo, o código foi editado às pressas e logo sofreu inúmeras críticas. Por esta razão, foi submetido a várias reformas, motivo pelo qual surge, em 1932, a Consolidação das Leis Penais.

A mudança pelo nome, de direito criminal para direito penal, foi elogiada. Soares, também citado por Mehmeri, à época, entendeu que:

[...] com razão, intitulou-se Código Penal, abandonando a denominação mal cabida de Código Criminal, a qual, por sua latitude, era própria para abranger o direito criminal em todas as suas partes - delitos, delinquentes, penas e processo. Assim fez o legislador francês, no projeto do Código Criminal, em 1804, que depois teve de modificar, separando o Código Penal, que se ocupava dos delitos e das penas, do Código de Instrução Criminal, que contém as leis do processo.

Tal Código, como bem registra Mehmeri (2000, p. 22), inovou no tangente à menoridade penal. O ordenamento previa que a inimputabilidade absoluta só iria até os nove anos de idade. Entre os nove e quatorze anos, a inimputabilidade era relativa, pois caberia prova do discernimento do menor. Os maiores de quatorze e menores de dezesseis anos eram punidos somente como cúmplices. E os maiores de dezesseis e até os vinte e um anos de idade

se beneficiavam com circunstâncias atenuantes. Outro ponto inovador foi a extinção da pena de morte e que, segundo Mirabete (2001, p. 43), veio a ser substituída pelo regime penitenciário de caráter correccional.

Sendo adotado hodiernamente no Brasil, em 1942 entrou em vigor o Código Penal, através do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Como bem leciona Mirabete (2001, p. 43), o nosso atual ordenamento penal possui ideias das escolas Clássica e Positiva, tendo aproveitado os principais pontos das legislações modernas de orientação liberal, como os códigos italiano e suíço. Costa Junior, citado pelo autor anteriormente mencionado, compreende os seus princípios básicos como sendo "a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança, a consideração a respeito da personalidade do criminoso, a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva". Várias tentativas de reforma tentaram ser feitas, porém, sem sucesso.

1.11 As penitenciárias no Brasil

No ano de 1769 foi construída a primeira prisão no País, denominada Casa de Correção do Rio de Janeiro. Sousa, em brilhante trabalho, expõe que "a Casa de Correção simboliza todo um ideal de progresso e de modernidade que justifica ser necessário corrigir os indivíduos ociosos e também inimigos da ordem e da sociedade através do trabalho"³. Já em 1824, a Constituição vigente à época determinou que as prisões deveriam ser seguras, limpas, bem arejadas, devendo os réus serem separados conforme as circunstâncias e natureza dos crimes, conforme dispôs o art. 179, XXI, daquele ordenamento⁴. Desta forma, percebe-se a preocupação com os detentos e o cuidado em fazer com que eles, além de pagar suas penas, tivessem condições de suportar aquele estágio, sem estarem submetidos a atos desumanos.

³ SOUSA, Gustavo Pinto de. Casa de Correção da Corte: Hierarquias e relações de poder, numa sociedade multifacetada pelas diferenças e desigualdades sociais. Disponível em: <http://www.rj.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/ic/Gustavo%20Pinto%20de%20Sousa.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

⁴ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 03 nov. 2013.

Entretanto, é público e notório para a sociedade de um modo geral, bem como para estudiosos que tratam do assunto, que a atual situação do sistema carcerário no Brasil configura-se como um dos mais complexos problemas sociais modernos. Entretanto, vale ressaltar que esta problemática não é visualizada somente aqui, haja vista que o colapso prisional assola até mesmo as grandes potências mundiais. O Brasil é o quarto país com a maior população carcerária do planeta, com cerca de 500 mil presos, sendo que existe um déficit de quase 200 mil vagas⁵.

Com a instituição das penas privativas de liberdade, principalmente após a abolição das penas de morte e de tortura, como vimos anteriormente, ocorreu uma intensa demanda de presos o que, obviamente, acaba por lotar os presídios. Em decorrência disso, é forçoso acreditar que exista o cumprimento ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, vez que a maioria dos detentos suportam condições desumanas e se misturam quando, na verdade, deveriam ser tratados cada qual à sua maneira.

No que tange à prática de se adotar as penas privativas de liberdade no Brasil, Rolim expõe que:

O Sistema de Justiça Criminal no Brasil têm privilegiado as condenações às penas privativas de liberdade. Ao longo dos últimos anos, tais condenações têm sido empregadas com muito maior frequência pelo Poder Judiciário cuja tendência mais representativa parece apontar - na maior parte dos estados, pelo menos - para um endurecimento da execução penal e para a prolatação de sentenças mais longas.⁶

Como pudemos perceber com a notícia acima retratada, as estatísticas mostram que o Brasil passa por dificuldades para abrigar a intensa demanda de detentos, configurando um verdadeiro caos. Quanto ao problema envolvendo a superlotação da população carcerária, entende Arruda que:

⁵ Kawaguti, Luis. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml. Acesso em: 03 nov. 2013.

⁶ ROLIM, Marcos. Limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf. Acesso em: 03 nov. 2013.

Vários fatores culminaram para que chegássemos a um precário sistema prisional. Entretanto, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo dos anos vieram por agravar ainda mais o caos chamado sistema prisional brasileiro. Sendo assim, a prisão que outrora surgiu como um instrumento substitutivo da pena de morte, das torturas públicas e cruéis, atualmente não consegue efetivar o fim correccional da pena, passando a ser apenas uma escola de aperfeiçoamento do crime, além de ter como característica um ambiente degradante e pernicioso, acometido dos mais degenerados vícios, sendo impossível a ressocialização de qualquer ser humano.⁷

Ocorre que antes mesmo da promulgação da nossa atual Constituição Federal, já em 1984, houve um avanço no Direito Brasileiro, com a entrada em vigor da Lei de Execução Penal, a Lei n. 7.210, de 11 de julho. Tal lei é embasada em princípios extremamente atuais e modernos, dando maior ênfase aos valores humanísticos e buscando uma verdadeira ressocialização dos detentos. A legislação é marcada por fortes traços de correntes evolucionistas da ciência penal e de grupos nobres de indivíduos pensantes que deram atenção especial à defesa dos direitos humanos, valorizando o homem como pessoa e, sobretudo, como excluído social.

Considerando esta aplausível lei, é paradoxal imaginar que a situação real dos presídios seja de descaso. A LEP traz um leque de garantias aos apenados, buscando, acima de tudo, a sua ressocialização. Mas é difícil alcançar tal objetivo quando não há meios para tal.

Adiante, abordaremos as necessidades que fizeram emergir a Lei de Execução Penal, bem como as garantidas trazidas por ela àqueles que são submetidos ao cumprimento das penas.

⁷ ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>. Acesso em: 03 nov. 2013.

2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS DOS PRESOS

2.1 Lei de Execução Penal

Com fulcro nos ensinamentos de Mirabete (1994, p. 33), no Brasil, o Código Penitenciário da República de 1933, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, foi o primeiro ordenamento codificado em se tratando de regras de execução penal. Segundo o autor:

[...] desde tal época a necessidade de uma Lei de Execução Penal em nosso ordenamento jurídico foi posta em relevo pela doutrina, por não constituir o Código Penal e o Código de Processo Penal, lugares adequados para um regulamento da execução das penas e medidas privativas de liberdade.

Leciona Silva (2001, p. 37), que a Lei n. 3.274, sancionada em 2 de outubro de 1957, tratou de normas gerais de regime penitenciário, sendo que tal lei originou-se de um projeto de 1951 do Deputado Carvalho Neto. Porém, explica o autor que esta lei não surtiu os efeitos desejados, “por não prever sanções pelo descumprimento dos princípios nela estabelecidos”. Desta forma, houve a necessidade de novos diplomas legais. A partir deste fato, surgiu um anteprojeto de Código Penitenciário, em 1957, tendo sido elaborado por uma comissão de juristas encabeçada por Oscar Penteado Steveson, não logrando êxito, vez que nem chegou a ser aprovado. Em seguida, em 1963, Roberto Lyra elaborou outro anteprojeto de Código de Execuções Penais, porém, sem progresso em decorrência do golpe militar de 1964. Um novo anteprojeto, desenvolvido por Benjamin Moraes Filho, em 1970, também não chegou a ser aproveitado.

Ainda sob a égide dos estudos do autor retromencionado, temos que em 1975 houve uma grande preocupação acerca da situação carcerária do Brasil. Surgiu, então, a necessidade de se instituir uma Comissão de Inquérito Parlamentar pela Câmara dos Deputados. Desta CPI, extraiu-se um relatório que, segundo Silva (2001, p. 37-38), “apontou

para a necessidade de um estatuto legal específico para a execução penal, bem como reforçando a ideia da constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário”. Observa-se, com isso, que o problema envolvendo o cárcere já era motivo de discussões em nosso país.

Quanto à atual Lei de Execução Penal, leciona Mirabete (1994, p. 33) que:

Enfim, em 1981, uma comissão instituída pelo Ministro da Justiça e composta pelos Professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto apresentou o anteprojeto da nova lei de execução penal. Foi ele publicado pela Portaria nº 429, de 22 de julho de 1981, para receber sugestões e entregue, com estas, à comissão revisora constituída por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, que contaram com a colaboração dos Professores Everardo da Cunha Luna e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. O trabalho da comissão revisora foi apresentado em 1982 ao Ministro da Justiça. Em 29 de junho de 1983, pela mensagem nº 242, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional. Sem qualquer alteração de vulto, foi aprovada a Lei de Execução Penal, que levou o nº 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984 e publicada no dia 13 seguinte, para entrar em vigor concomitantemente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13 de janeiro de 1985.

A Lei de Execução Penal (LEP), nº 7.210 de 1984, é tida como um avanço legislativo, vez que reconhece o respeito aos direitos dos presos, bem como visa um tratamento individualizado⁸. Tal ordenamento não se destina somente à punição dos presos, mas, acima de tudo, mira a ressocialização dos apenados.

Com visão revolucionária, a nova Lei surpreendeu em relação às penas, mas faltou a real aplicação na prática. Neste sentido, Mesquita Júnior registra que:

Infelizmente, pouco se avançou, pois, em que pese termos uma das melhores leis de execução penal do mundo, temos um sistema penitenciário semelhante ao de qualquer país de terceiro mundo, violando direitos

⁸ LIMA, Elke Castelo Branco. A ressocialização dos presos através da educação profissional. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5822/A-ressocializacao-dos-presos-atraves-da-educacao-profissional>. Acesso em: 07 nov. 2013.

A Lei de Execução Penal guarda pela justiça, rege que o infrator deve cumprir sua pena em proporção ao delito praticado, mas nunca de maneira excessiva, visando impedir atropelos por parte dos órgãos da execução. Segundo Mirabete (1997, p. 43), “tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado submeter-se a ela”. A esse dever corresponde o direito do condenado de não ter de cumprir outra pena, seja ela qualitativa ou quantitativa, distinta da aplicada na sentença.

Os direitos humanos devem ser acatados em qualquer situação e é hipócrita quem considera que lutar por tais direitos quer dizer defender marginais, pois, sendo honestos ou criminosos, todos temos direitos e deveres. Logo, os direitos dos presos também devem ser respeitados. A inobservância a esses direitos significaria a imposição de uma pena suplementar, extra, a qual não está normatizada.

Com o passar dos anos, percebeu-se que a Lei de Execução Penal tratava-se de um instrumento legal moderno e de razoável racionalidade. Entretanto, como obra humana, estava longe da perfeição.

Necessário se fez o surgimento da Lei 10.792/03, a qual acabou por fazer mudanças à Lei de Execução Penal. Uma dessas mudanças diz respeito ao Laudo Criminológico que, de acordo com o entendimento do artigo 112 da nova Lei, passou a ser opcional. Segundo Mirabete (1994, p. 61), exame criminológico “é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como reclamavam os pioneiros da Criminologia”.

É pacífica nossa jurisprudência no que tange à desnecessidade de tal exame para a progressão de regime. Segundo notícia do portal do Superior Tribunal de Justiça:

O exame criminológico é feito para avaliar a personalidade do criminoso, sua periculosidade, eventual arrependimento e a possibilidade de voltar a cometer crimes. Ele deixou de ser obrigatório para a progressão de regime com a entrada em vigor da Lei n. 10.792, em dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). A mudança gerou diferentes interpretações acerca do exame. A nova redação determina que o preso tem

fundamentais da pessoa humana, direitos esses resguardados na própria Constituição Federal, que prevê que nenhum preso receberá tratamento degradante. Todavia, o que se vê é a colocação de pessoas em presídios superlotados e loucos sendo “internados” em presídios, sem a mínima assistência médica ou psicológica.

Desta forma, é forçoso pensar que um condenado, ao ser submetido a situações degradantes na prisão, cumpra a pena com tranquilidade e retorne pacificamente à convivência social. Tanto é verdade que o Brasil é um dos países com o maior índice de reincidência do mundo⁹, o que significa que grande parte dos apenados, ao serem postos em liberdade, volta a delinquir e, conseqüentemente, retornam à prisão.

Um dos fatores que prejudicam a ressocialização é a superlotação do sistema carcerário, conforme analisamos anteriormente. A pena, que deveria ser individualizada, acaba não sendo, uma vez que delinquentes mais perigosos são postos em conjunto com aqueles condenados por crimes menos graves. Não raras vezes, há a influência destes por aqueles.

Quanto a essa questão intrigante, Pimentel, posteriormente exaltado pelo Desembargador Antônio Armando dos Anjos, entende que:

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem *prisonizado*.¹⁰

⁹ Começar de novo: Índice de reincidência no Brasil é um dos maiores do mundo, diz Peluso. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/53005/indice+de+reincidencia+no+brasil+e+um+dos+maiores+do+mundo+diz+peluso.shtml>. Acesso em: 06 nov. 2013.

¹⁰ ANJOS, Antônio Armando dos. Quando a progressão do regime prisional desperta comoção. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/institucional/discursos_artigos/desembargadores/quando_progressao_regime_prisonal.pdf. Acesso em: 06 nov. 2013.

direito à progressão de regime depois de cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do presídio.¹¹

Com a Lei 10.792/03, não sendo mais necessário o exame criminológico, a simples comprovação de bom comportamento carcerário, através de um simples atestado, pode não ser suficiente para o pedido de um benefício. Sendo assim, tem-se a possibilidade do Juiz buscar outros esclarecimentos, que tragam merecimento de benefícios pelo condenado sujeito à sua jurisdição. Daí a facultatividade pelo exame.

O Código Penal, nos artigos 33 e 59, refere-se ao mérito do condenado, para fixação do regime e dosagem da pena, respectivamente, cujos dispositivos não foram alterados pela Lei comentada. Além desse argumento, ressalta-se a necessidade de ser feito o exame inicial, para fins de classificação e individualização da execução da pena, tal como preconiza a Lei de Execução Penal, recepcionada, nessa parte, pela Constituição Federal, da mesma forma que se torna imprescindível o exame no curso do processo executório. Aliás, essa corrente é enfática em sustentar que a modificação não se aplica no caso de livramento condicional ao condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, tendo em vista a regra contida no parágrafo único, do artigo 83, do Código Penal, em que a concessão fica subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, cuja aferição continua a depender do exame criminológico¹².

Pondo fim à polêmica, o STJ editou a Súmula 439, que afirma que o exame criminológico é admitido para atender as peculiaridades do caso e em decisão motivada¹³.

Conclui-se, desta forma, que o condenado terá direito ao benefício da progressão de regime (requisito subjetivo) quando houver cumprido o lapso temporal, quando estiver

¹¹ Exame criminológico não é obrigatório, mas, se for realizado, deve ser seguido. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90846. Acesso em: 07 nov. 2013.

¹² BARROS, Antonio Milton de. A reforma da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6322/a-reforma-da-lei-no-7-210-84-lei-de-execucao-penal#ixzz2XF1bv99s>. Acesso em: 26 jun. 2013.

¹³ Exame criminológico é tema de nova súmula do STJ. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96992. Acesso em: 07 nov. 2013.

apto ao convívio social, bem como quando tiver bom comportamento carcerário. Já o exame criminológico é um dos instrumentos empregados para essa verificação diante das peculiaridades da causa, devendo constar em decisão motivada do juízo da execução.

Outra inovação trazida pela lei 10.792/03 diz respeito ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual será tratado a seguir.

2.1.1 Regime Disciplinar Diferenciado – RDD

O Regime Disciplinar Diferenciado - RDD é objeto da Lei nº 10.792 que alterou a Lei de Execuções Penais. Trata-se de um regime fechado, tendo o preso que cumprir sua sanção em presídio de segurança máxima, onde a disciplina interna é diferenciada dos demais.

Tal regime consistirá no recolhimento em cela individual; visitas de duas pessoas, no máximo (sem contar as crianças), por duas horas semanais; e duas horas de banho de sol por dia, pelo prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada. Aplica-se também esse regime ao condenado ou preso provisório, nacional ou estrangeiro, que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou, ainda, sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com organizações criminosas, quadrilha ou bando¹⁴. Outro fator é que os presos submetidos a esse tipo de regime têm a comunicação através de telefones celulares impossibilitada, em virtude dos bloqueios telefônicos que no local existem.

Percebemos que se fizeram necessárias tais mudanças em virtude da preocupação provocada pelo crescimento do crime organizado o qual estava tomando conta do sistema carcerário brasileiro, pois, de dentro de suas celas, presos promovem chacinas, determinam assassinatos, dentre vários outros crimes, causando terror na população e, com o aumento da criminalidade, tanto em proporções numéricas como em graus de periculosidade, para o Estado não restou outra alternativa senão ser a criação de presídios com seguranças especiais.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796. Acesso em: 25 jun. 2013.

Conforme art. 52 da LEP, “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”. O § 2º do mesmo artigo completa que “estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

2.2 Dos direitos e deveres do preso

A Lei de Execução Penal diz que o preso, tanto o que ainda está respondendo ao processo, quanto o condenado, continua tendo todos os direitos que não lhes foram retirados pela pena ou pela lei. Isto significa que o preso perde a liberdade, mas tem direito a um tratamento digno¹⁵.

Ao realizar a leitura da Lei de Execuções Penais, percebemos que os artigos 39 e 41 tratam dos deveres e dos direitos do apenado. A simples ordem de colocação desses dispositivos nos reportam à ideia de que antes de possuir direitos vem os deveres do condenado. Isso, contudo, não deveria prevalecer¹⁶.

De imediato, percebe-se que os deveres e direitos dos presos são os mesmos dos demais cidadãos, ou seja, o dever de respeitar os direitos individuais alheios. Do mesmo modo que o preso tem como dever cumprir a sanção penal imposta na sentença condenatória, por outro lado vêm seus direitos, que são os mesmos de qualquer outro cidadão, menos um, que é o direito à liberdade de locomoção, ou seja, a liberdade de ir e vir. Mas, na realidade, o que ocorre não é apenas isso. Na maioria das vezes os presos são cobrados severamente a cumprir a execução de sua pena, enquanto o Estado em contrapartida, não os proporciona os mínimos direitos. Ainda que presa a pessoa tem o direito à vida que é inquestionável, e à dignidade da pessoa humana.

¹⁵ COSTA, Nelson Nery. Direitos e deveres dos presos. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.gov.br/arquivos/DireitosEDeveresDoPreso.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2013.

¹⁶ SCHIMIDT, apud CARVALHO, 2007, p. 222.

Acrescenta ainda Carvalho¹⁸:

Os direitos sociais são todas as garantias que o cidadão possui de exigir do Estado uma determinada prestação, seja voluntariamente, seja mediante o instrumento processual específico. Assim, enquanto os direitos de liberdade referem-se a verdadeiros limites de não-fazer impostos ao Estado, os direitos sociais, ao contrário, estipulam obrigação de fazer a esse mesmo ente jurídico.

Esses direitos estão arrolados, principalmente, nos artigos 6º. e 7º. da Constituição de 1988, e possuem aplicação na execução da pena, dada a condição de sujeito de direitos do preso.

A participação e a colaboração da sociedade com a execução penal são fundamentais para garantir a ressocialização do preso, bem como garantir a segurança a toda a coletividade.

O ambiente mais dessocializador possível é o próprio cárcere (isso, por si só, já colocaria em dúvida a possibilidade de ressocializar alguém que, além de jamais ter sido socializado, teria de atingir essa meta no pior ambiente social); boa parte das casas prisionais brasileiras não possui condições mínimas de salubridade; o índice de doenças como, p. ex., a AIDS, é elevadíssimo, chegando, em alguns locais, a atingir a assustadora porcentagem de quase 20% dos apenados; a superlotação é evidente (SCHIMIDT, apud CARVALHO, 2007, p.232).

Nos próximos capítulos abordaremos sobre esses direitos, e mais detalhadamente os que estão previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, para uma melhor compreensão do tema proposto.

¹⁸ SCHIMIDT, apud CARVALHO, 2007, p.232

É importante salientar que tanto a Constituição Federal, no seu artigo 5º e incisos, quanto a Lei de Execuções Penais, asseguram o seu direito à vida, à dignidade, liberdade, privacidade, dentre outros, aos presos.

A legalidade é que assegura ao sentenciado a liberdade ao pensamento, união familiar, privacidade, etc; a igualdade, garante ao preso no tocante aos seus direitos fundamentais. E ainda o devido processo legal, que garante que durante o cumprimento da pena os seus pedidos sejam apreciados e julgados por um juiz imparcial¹⁷.

Com ênfase na LEP, segue o art. 41 da mesma com direitos elementares que devem ser assegurados aos que estão sob a responsabilidade do Estado, *in verbis*:

- I – alimentação suficiente e vestuário;
- II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III – previdência social;
- IV – constituição de pecúlio;
- V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI – chamamento nominal;
- XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Um outro direito que o preso tem, e que é de grande relevância, é o de cumprir sua pena perto dos familiares, bem como direito à intimidade, à privacidade, à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência.

¹⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. Direitos dos Presos. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>. Acesso em: 25 jun. 2013.

3 GARANTIAS NORMATIVAS EM FAVOR DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL

Neste capítulo, a abordagem será voltada para os princípios e garantias constitucionais de pessoas que se encontram presas no Brasil. Detalhadamente, veremos quais direitos são inerentes aos detentos cuja aplicabilidade foi buscada pela Lei de Execução Penal, considerando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez sob os esclarecimentos de Marção (2012, p. 50), temos que:

Preso, evidentemente, é aquele que se encontra recolhido em estabelecimento prisional, cautelarmente ou em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Portanto, preso provisório ou definitivo. A lei não restringe a assistência apenas e tão somente aos condenados definitivamente.

Observa-se, desta forma, que a proteção legislativa se estende também àqueles que ainda não foram declarados culpados por sentença transitada em julgado, ou seja, os provisoriamente detidos no curso do processo penal. Acerca das garantias protecionistas, Nogueira (1996, p. 7), citado por Jacques em respeitoso trabalho, explica que:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros.¹⁹

¹⁹ JACQUES, Danielle de A. O sistema penitenciário brasileiro: possibilidade de cumprimento da pena através da prisão domiciliar. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Danielle%20Jacques.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

Temos, portanto, que mesmo a própria valoração da pena deve abarcar os princípios constitucionais do devido processo legal, não estando esta garantia restrita apenas à busca pela verdade real dos fatos. O indivíduo sujeito à pena gozará de proteção do Estado a fim de que alcance a sua ressocialização no molde da Lei de Execução Penal.

Mais uma vez com fulcro nas lições de Nogueira (1996, p. 4), nesta oportunidade citado por Sampaio, percebemos que, na busca pela ideal execução penal, "deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade"²⁰. Ou seja, trata-se da já citada proteção do Estado, onde este dará condições para que o preso retorne à sociedade tendo cumprido sua "dívida" com esta.

3.1 Os princípios que devem orientar o quadro protecionista

3.1.1 Princípio do Estado de Direito

O princípio do Estado de Direito é orientador de toda atividade estatal, tendo como característica fundamental o estabelecimento da submissão de governantes e governados ao mesmo ordenamento jurídico como forma de subordinação de todo poder ao direito. O Estado de Direito se apresenta em seu sentido formal e material.

No sentido formal, o estado de direito faz vincular todas as atividades dos agentes públicos aos ditames da lei. Em termos de Direito Penal, o Estado de direito impõe a observância da estrita legalidade para a definição dos crimes e aplicação das penas, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, ou seja, não há crime, nem pena sem lei anterior que os

²⁰ SAMPAIO, José Horácio. Os direitos fundamentais e garantias individuais como pressupostos para a eficácia dos direitos humanos do presidiário. disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp079019.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

defina²¹, cuja aplicabilidade pode ser vista no art. 1º, do Código Penal. A vinculação da atividade repressiva do Estado aos limites previamente estabelecidos por lei constitui verdadeiro instrumento de contenção da tirania e do despotismo. Do Estado de Direito também derivam os princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal incriminadora e da proibição ao uso da analogia para responsabilizar o indivíduo.

No sentido material, o princípio do Estado de Direito determina a concepção de um direito penal apto a produzir o ideal de um estado justo. O direito penal realiza as mais graves interferências na esfera de liberdade individual, porquanto ser fundamental a preservação da dignidade da pessoa humana. Encontram fundamento, também, no Estado de Direito o princípio da intervenção mínima e a proibição das penas cruéis e degradantes, do tratamento desumano aos condenados.

3.1.2 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade, ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos elementos integrantes do conceito analítico do delito, como princípio de política criminal, a culpabilidade é a base que determina a punição do autor do fato crime. Só é possível aplicar a pena quando for possível reprovar o autor do fato. Assim, toda pena criminal pressupõe a culpabilidade de seu destinatário.

O princípio da culpabilidade como fundamento para aplicação da pena representa a proteção ao indivíduo contra os possíveis excessos no exercício do poder/dever do Estado. Outrossim, garante a liberdade individual, protegendo os indivíduos contra o poder estatal, haja vista que, sem culpabilidade, não existirá pena, nem excesso de punição com finalidades exclusivamente preventivas.

²¹ Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Dicionário de Latim Forense. Disponível em: http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/l/n/p/1/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html. Acesso em: 31 out. 2013.

3.1.3 Princípio da Humanidade

A Constituição Federal, expressamente no inciso III de seu artigo 1º, estabelece que a dignidade humana é fundamento do Estado brasileiro.

Postulado maior da política criminal reside no respeito ao princípio da humanidade, que decorre do fato de ser o homem o fim de todas as considerações sociais. O respeito aos direitos fundamentais do homem resulta de lento processo de evolução que dependem da ideologia, dos valores e princípios que cada Constituição adota, de modo que cada Estado reconhece como fundamentais os direitos humanos específicos.

Na América, a reivindicação humanitária surgiu a partir de documentos declaratórios com tendência a reconhecer a universalidade para os direitos humanos fundamentais. A Declaração de Independência americana, de 1776, defendeu que todos os homens nascem igualmente dotados de direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

A dignidade da pessoa humana, segundo Cardoso (2010, p. 86):

Possui uma órbita muito grande no seu patamar de atuação, tendo assim uma conotação reguladora dos demais princípios do Direito. Assim, tem-se a dignidade um caráter universal, comportando-se como valor indispensável e irrenunciável do ser humano, possuindo assim um teor de princípio matriz do Direito. Além de punir o delinquente infrator, a pena deve ser também uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em comunidade. Assim, se a pena é um mal necessário, cabe ao Estado proporcionar meios para que ela seja cumprida de forma menos maléfica e cada vez mais humana, voltando-se maior atenção ao condenado, seu destinatário, assegurando-lhe os direitos que lhe são inerentes, propiciando, destarte, sua preparação para o retorno à vida na sociedade.

Seguindo essa premissa, Capez (2003, p. 9), exaltado por Cardoso, compreende que:

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático²².

Todavia, não é isso que encontramos na realidade, pois o que deveria ser utilizado como último recurso para a punição do condenado, na verdade está apenas tirando o infrator do âmbito social e teoricamente garantindo a segurança da sociedade. É necessário dar ao apenado condições para que essa punição sirva como prevenção da prática de novos delitos, de modo a intimidar o delinquente para não mais cometê-los, procurando uma forma de reintegrá-lo novamente em sociedade.

Para a efetiva proteção aos direitos humanos, necessário se faz não só declarar os direitos do homem, mas estabelecer mecanismos eficientes de proteção aos direitos reconhecidos. Imprescindível se faz o estabelecimento de um sistema jurídico que assegure a concreta observância desses direitos. Entende-se, portanto, que a justiça não pode ser demasiadamente repressiva, suas bases de ação devem fundar-se em ações sociais construtivas. A sociedade deve considerar sua responsabilidade para com o delinquente, estabelecendo a assistência necessária para sua reinserção na sociedade.

No primeiro art. da Lei nº 7.210/1984, percebe-se que é a integração social do preso um dos seus principais objetivos, já que não basta a punição do meliante para combater o crime. Se o preso não for devidamente ressocializado, com certeza, ao sair do cárcere, ele poderá reincidir na criminalidade. A dignidade da pessoa humana, assim, passa a ser a principal ferramenta para essa conquista, devendo ser respeitada quando se executa uma pena.

²² CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da-humanidade-no-Direito-Penal-contemporaneo-em-respeito-a-tendencia-constitucionalizante-do-Direito>. Acesso em: 31 out. 2013.

3.2 Direitos infraconstitucionais de observância obrigatória

3.2.1 Direito à alimentação suficiente e vestuário

Todo preso tem direito à alimentação suficiente e vestuário, conforme esclarece o artigo 41, inciso I, da Lei de Execução Penal. O Estado busca, com isso, propiciar ao preso uma das primeiras oportunidades de ter uma vida mais digna.

Ao preso deve ser garantida uma alimentação digna, de qualidade e quantidade suficiente para a subsistência normal, a qual deve ser distribuída em três etapas, sendo o café da manhã, almoço e jantar, levando em consideração a boa higiene, assim como o direito ao vestuário, o qual deve ser propício ao clima e estar em bom estado. Deve-se dar ênfase ao princípio geral da vida e da saúde e, em seguida, observar-se os demais direitos.

Nos presídios brasileiros, ao se tratar da alimentação, nota-se que nem sempre ocorre conforme a Lei, sendo necessária uma melhoria. Já em se tratando do vestuário, isso só ocorre em presídios de grande porte. Percebe-se então, que ainda falta muito para adaptar ao que dispõe em nosso ordenamento jurídico.

3.2.2 Direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa

Explica Mirabete (1997, p. 67) que para se obter a reinserção social do condenado, o regime penitenciário deve empregar, conforme as necessidades do tratamento individual dos presos, todos os meios curativos, ou seja, educativos, morais, espirituais, dentre outros. Acrescenta Marcão (2012, p. 51) que “o objetivo da assistência é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

Nesse sentido, o artigo 11 da LEP enumera as espécies de assistência a que tem direito o preso e o internado – material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa.

Segundo a lei 7.210/84, art. 12, a assistência material ao preso consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Dispõe o art. 13 do mesmo diploma legal que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Em relação ao vestuário, como dito, isso ocorre geralmente em presídios de maior porte, pois nas cadeias públicas, por exemplo, não há uniforme para os detentos. Muitas vezes essas roupas são divididas entre os próprios presos, com suas vestimentas pessoais, ou seja, em se tratando de vestuário, o direito não é aplicado como deveria.

Sobre a higiene, explica Mesquita Júnior (1999, p. 79), em Manual de Execução Penal, que “a higiene da cela ou alojamento, por sua vez, é dever do condenado, o qual deverá, também, conservar os objetos de uso pessoal”. Em contrapartida, o Estado deve fornecer condições como elementos indispensáveis para a limpeza e higiene das celas e das demais dependências do estabelecimento.

No entanto, a Lei pode ser considerada inexecutável. Isso porque o que se observa na realidade são estabelecimentos penais sujos, mal cheirosos, e com uma mínima condição de higiene. Tal realidade pode ser observada, principalmente, nas cadeias públicas, onde a limpeza das celas, além de ser realizada pelos presos, ainda é custeada por eles próprios e pelas suas famílias.

No tangente à saúde, reza o art. 14 da Lei 7.210/84 que o preso terá direito à saúde de caráter preventivo e curativo, a qual compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Segue ainda no § 2º que quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. Isso porque o condenado, como qualquer pessoa, por óbvio, está sujeito a contrair uma doença. Desta forma, é fundamental para a subsistência

em uma instituição prisional a observância de serviço médico eficiente e adequadamente equipado para fazer frente às necessidades cotidianas da população carcerária.

Sobre a problemática, mais uma vez citando Mesquita Júnior (1999, p. 83), temos que:

Merece destaque a omissão do Estado no que concerne à assistência à saúde, esquecida até mesmo para a população em atividade no mercado de trabalho, sem qualquer condenação criminal. 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 de oferecer a assistência adequada, deverá providenciar para o oferecimento das 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 artigo 15 da Lei de Execução Penal dispõe sobre a assistência jurídica aos presos e aos internados que não tenham recursos financeiros para constituir advogado, sendo tal direito de suma importância para a população carcerária. O advogado representa uma proteção importante na fase de execução penal das penas privativas de liberdade.

Segundo Mirabete (1997, p. 74), o que ocorre na maioria das vezes é que a população carcerária não dispõe de condições de constituir um advogado, quer durante a ação penal de conhecimento, quer para defender suas pretensões nos incidentes da execução ou no acompanhamento da fase executória da sentença. Sendo assim, a assistência jurídica vem suprir as necessidades dos apenados no que concerne à busca pelo cumprimento da pena justa.

Preconiza o art. 17 da Lei de Execução Penal, que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. Conforme ensina Albergaria, Jason, Manual de direito penitenciário (1993, p. 51), “não bastaria a instrução escolar sem a educação do senso ético, a aprendizagem para a vida social e as práticas culturais e esportivas, também formadoras da personalidade”. Neste caso, constitui-se a assistência educacional como uma das prestações básicas ao preso, como meio para a reinserção social.

Falcone, Romeu, Sistema Presidial: reinserção social? (1998, p. 83) especifica que

A rigor, preparam-se pessoas para as atividades de marcenaria, carpintaria, tecelagem, confecção, sapataria, etc. sempre com vistas à vida posterior ao cárcere. Em relação ao interior do presídio, os trabalhos estão voltados para a cozinha, principalmente, os serviços de manutenção que não coloquem o preso em contato direto com os dispositivos de segurança e os outros de caráter rudimentar, como a faxina, a jardinagem, etc”

Dispõe ainda na nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 205, *in verbis*:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, os sentenciados presos sem instrução de primeiro grau tem o direito, como qualquer pessoa, de recebê-la através do Estado. Mas como sabemos essa é uma realidade para os próximos anos. Atualmente não dispomos nem de quantidade efetiva de pessoal qualificado para atender a demanda, quem dirá de espaço físico destinado à assistência educacional.

Já em relação à assistência social, conforme art. 22 da Lei de Execução Penal, sua observância tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade, ressocializando-o. Segundo Lage, citado por Castro e Nascimento:

Essa ressocialização, depois de longo afastamento e habituado a uma vida sem responsabilidade própria, traz, ao indivíduo, dificuldades psicológicas e materiais que impedem a sua rápida sintonização no meio social. Eis por que o motivo de se promover, sempre que possível, por etapas lentas, a sua aproximação com a liberdade definitiva.²³

²³ CASTRO, Alexandre de; NASCIMENTO, Regina Aparecida Santaterra. Trabalho, educação e dignidade da pessoa humana: surgimento de uma forma diferenciada de sistema prisional. Disponível em: <http://periodicos.uems.br/novo/index.php/encontrointernacional/article/viewFile/2480/848>. Acesso em: 31 out. 2013.

Cabe, desta forma, ao assistente social acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar a sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre os problemas do preso, promover a orientação do assistido na fase final de cumprimento da pena, além de procurar estabelecer a comunicação entre o preso e a sociedade da qual se encontra temporariamente afastado, sendo uma figura de grande importância no processo de reinserção social.

Para Mirabete (1997, p. 82), essas orientações na fase final de cumprimento da pena servem para colaborar e consolidar os vínculos familiares e auxiliar na resolução dos problemas que dificultam a reafirmação do liberado ou egresso na sua própria identidade. Busca-se, também, interpretar e diagnosticar as necessidades do assistido, para ajudá-lo a desenvolver o próprio senso de responsabilidade e a ter condições pessoais para o ajustamento ou reajustamento social.

Em relação à religião, sabe-se que esta age de forma muito significativa nos presídios, principalmente no tocante à reintegração social dos detentos, podendo estar a cargo de párocos, pastores, das diversas religiões, e os internos devem ser atendidos pelos ministros da religião que professam, conforme a regulamentação local. Afirmar Mesquita Júnior (1999, p. 93), que o condenado que se torna seguidor de alguma religião é significativamente melhor.

A LEP preceitua:

Art. 24 – 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 Nos estabelecimentos haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

O referido direito é tratado também na Constituição Federal no seu artigo 5º inciso III, VII e VIII e na LEP, artigo 24 e 41. Os quais dispõem no seu texto, *in verbis*:

Art. 5º, III: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado livre exercício dos cultos religiosos...”

VII: “É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva...”

VIII: “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política...”

3.2.3 Direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo

Dispõe o artigo 41 inciso VIII da Lei de Execução Penal, *in verbis*: “Constituem direitos do preso: VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”.

A exposição pública do preso como forma de sensacionalismo é prejudicial enquanto o mesmo se encontra recolhido, como também quando já estiver fora do cárcere. Noticiários e entrevistas que visam não à simples informação, mas que tem caráter espetaculoso não só atentam contra a condição de dignidade humana do preso, como também podem dificultar a sua ressocialização após o cumprimento da pena. Isso porque a mídia exposta de forma irresponsável pode atrair sobre o preso as atenções negativas de toda uma sociedade, retirando-o do anonimato. E desta forma, prejudicando-o mesmo após o cumprimento da pena.

3.2.4 Direito ao chamamento nominal

O preso tem direito a ser designado por seu próprio nome, estando proibidas, assim, outras formas de tratamento, como a fundada em números, alcunhas, dentre outras. É o que prevê o artigo 41 inciso XI da Lei de Execução Penal.

O chamamento nominal visa preservar acima de tudo a dignidade humana, a qual fica extremamente abalada dentro do cárcere. O sentido de ressocialização e o respeito tratando o preso pelo nome fazem com que o mesmo se sinta uma pessoa e não uma coisa, com rótulos que tem por si mesmos, conteúdo vexatório e humilhante. Trata-se, portanto, de

um direito que corresponde ao preso como pessoa, em razão da dignidade inerente a tal condição, explica Mirabete (1997, p. 123).

3.3 Os direitos do preso no tocante à condenação

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir, para alguns, poder-dever de punir. Explica Capez (2008, p. 65) que, em se tratando de uma ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus perseguendi in judicio*²⁴, ou seja, o direito que o autor tem de reclamar sua pretensão em juízo. Todavia, o poder estatal conserva consigo a exclusividade do *jus puniendi*²⁵, ou direito de punir. Esse poder-dever de punir do Estado é abrangente e impessoal, haja vista que não se dirige especificamente contra uma ou outra pessoa, pelo contrário, destina-se à uma coletividade de modo geral.

Por outro lado, quando o indivíduo comete uma infração penal descrita como crime, esse poder até então genérico, se transforma em uma pretensão individualizada, dirigida apenas contra o agressor. Segundo Capez (2008, p. 76), surge, então, um conflito de interesses, no qual o Estado tem a pretensão de punir o infrator, enquanto este, por imperativo constitucional, oferecerá resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas. Esse conflito caracteriza a lide penal, que será solucionada por meio da atuação jurisdicional.

É imprescindível que haja a prestação jurisdicional para a solução de eventuais conflitos, não sendo admitida a aplicação de pena por meio meramente administrativo. Mesmo nos casos mais singelos que são considerados de menor potencial ofensivo, em que é admitida a transação penal, há a necessidade da homologação em juízo.

²⁴ *Jus perseguendi in judicio*: direito de perseguir em juízo. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

²⁵ *Jus puniendi*: direito de punir. Disponível em: <http://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100000311/jus-puniendi>. Acesso em: 14 dez. 2013.

3.3.1 Direito à entrevista pessoal e reservada com o advogado

Dispõe o artigo 41, inciso IX, da LEP, que é direito do preso a entrevista pessoal e reservada com o advogado. Além deste dispositivo, podemos encontrar também tratando do mesmo direito na nossa Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, que garante aos acusados a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e ainda no mesmo artigo, inciso XXXV, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Além de ser um direito do preso de se comunicar com seu defensor, o artigo 7º, III da Lei 8.906/94 prevê como direito do advogado comunicar-se, com seus clientes, pessoal e reservadamente mesmo sem procuração quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis. Essa comunicação é permitida, pois a proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e a ampla defesa no processo penal lhe são assegurados.

É importante ressaltar que a incomunicabilidade mencionada no parágrafo anterior, jamais poderá ser estendida ao advogado, é o que dispõe no Estatuto da OAB, artigo 7º, inciso III.

Ao observar os dispositivos acima mencionados, percebemos que a proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e a ampla defesa no processo penal não estariam devidamente resguardados se não houvesse a livre entrevista do preso com o seu advogado, mesmo na hipótese de se encontrar incomunicável.

Essa conversa, esse contato com o advogado é de suma importância, e por isso deve ser facilitada, e acima de tudo reservada, de preferência em um lugar apropriado e digno no estabelecimento o qual o preso se encontre, garantindo o sigilo que deve presidir essas relações do cliente com o seu defensor.

O que ocorre é que na grande parte dos presídios e cadeias do país, não há esse lugar apropriado e reservado. O que acontece na maioria dos casos, é que o advogado tem que

conversar com o preso nos corredores dos presídios, sem a menor privacidade. O que dificulta o trabalho e, sobretudo a defesa.

3.3.2 Direito a visitas

Fundamental para a recuperação e reinserção do preso, o seu relacionamento com outras pessoas, fora do seu convívio no presídio. Não há dúvidas de que os laços mantidos principalmente com a família e amigos, são essencialmente benéficos para o presidiário. Isso porque mantendo o contado, ainda que limitado com outras pessoas, faz com que o mesmo não se sinta de tudo, um excluído da sociedade.

Pensando nisso, e visando colaborar com essa recuperação foi instituído no artigo 41, inciso X da LEP, o direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Deve-se, portanto, a segurança dos presídios serem reforçadas nesses dias de maior fluxo dentro dos presídios, além de submeter às visitas e o material que transportam, a busca pessoal rigorosa, a fim de evitar as entradas de armas, drogas ou outros objetos que possam comprometer a ordem, a disciplina e a segurança dos detentos.

Da análise do disposto acima, chama-se a atenção para um dos problemas mais discutidos hoje em dia no sistema penitenciário, a respeito da denominada visita conjugal ou mais comumente chamada, visita íntima. O direito a visita íntima nas cadeias masculinas foi instituído em 1987, passando a vigorar logo em seguida.

Sobre esse direito de ordem sexual, Mirabete (1997, p. 122) tem o seguinte entendimento:

Tem se realçado que a abstinência sexual imposta pode originar graves danos à pessoa humana. Não se pode negar a existência da necessidade sexual, isto é, dos impulsos do instinto sexual, que se fazem sentir numa pessoa adulta normal. Grande parte dos autores voltados ao tema conclui que

a abstinência sexual por período prolongado contribui para desequilibrar a pessoa, favorece condutas inadequadas, conduz, em muitos casos, ao homossexualismo, pode tornar-se verdadeira obsessão para o preso e criar um clima tenso no estabelecimento penitenciário, originando graves distúrbios na vida prisional.

Ainda que para alguns, seja a visita íntima considerada como uma regalia ou recompensa, aos sentenciados de bom comportamento, ela nada mais é, do que um direito do preso, previsto em lei e, portanto deve ser respeitada.

3.3.3 Igualdade de tratamento

É preciso que haja uma igualdade de tratamento, salvo quando nos referimos à exigência da individualização da pena e todos os presos devem ter os mesmos direitos e deveres.

Qualquer limitação que não se refira às medidas e situações referentes à individualização da pena previstas na própria legislação está vedada. Segundo Mirabete (1997, pg. 50), é norma constitucional, do Direito brasileiro, que a lei regulará a individualização da pena.

Nesse sentido, o artigo 5º da LEP determina que:

Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Ficam com esse dispositivo atendido o princípio da personalidade da pena, inserido também entre os direitos e garantias constitucionais, como o da proporcionalidade da pena, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisando o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado, segundo se assegura na exposição de motivos.

Quanto a isso, ao se tratar da individualização da pena, é preciso também levar em conta o fato de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e

que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para ajudar na sua reinserção social.

3.3.4 Audiência com o diretor

A possibilidade que a lei oferece ao preso, dando-lhe o direito de ter livre acesso ao diretor do presídio é um fator extremamente positivo para o bom andamento do presídio. Isso porque durante essa audiência com o diretor, o detento poderá fazer reclamações ou comunicações de fatos que estão ocorrendo dentro do estabelecimento, e que em muitas vezes não chegam ao conhecimento do responsável.

De posse das informações do preso, terá o diretor, melhores condições de coibir eventuais abusos e proporcionar um ambiente mais digno para o detento cumprir seu período de pena.

Os direitos à audiência com o diretor do presídio, reclamação, comunicação, representação ou petição são garantidos no artigo 41 incisos XIII e XIV da LEP, independente da forma do regime; o preso pode se dirigir a autoridade competente para se valer de seus direitos.

3.3.5 Representação e petição

A representação é um processo pelo qual se institui um representante que, em certo contexto limitado, tomará o lugar do que representa. A palavra "petição", segundo o léxico Houaiss, vem do latim *petire* cujos significados podem ser: lançar-se sobre, dirigir-se a, buscar, solicitar – ou simplesmente – pedir. Petição é o pedido de defesa de direito, direcionado ao Estado, que detém o poder e o dever de defendê-lo. Nem todas as ofensas a

direitos devem ser combatidas, mas apenas aquelas que estiverem viciadas pela ilegalidade ou pelo abuso de poder.

A representação como explica Adolfo (2003, p. 29) se faz, geralmente, no meio jurídico, por intermédio do advogado. Entretanto algumas exceções estão previstas. Um bom exemplo disso é a ordem de habeas corpus, que pode ser impetrada pelo próprio paciente ou por pessoa sem qualquer habilitação técnica, como é o caso do preso.

Esse direito é resguardado pela Constituição Federal no seu artigo 5º. Inciso XXXIV, *in verbis*:

XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

O artigo 41 da LEP abre ao apenado a possibilidade de se fazer representar pessoalmente, independente da presença ou contratação do advogado no momento em que estabelece o direito de representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.

Alguns, entretanto pretendem fazer oposição a tal entendimento ao argumento de que o direito de petição em juízo é estabelecido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, regulamentando o artigo 133 do texto constitucional, *in verbis*: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Apesar das divergências já mencionadas, entende-se que o preso tem o direito de se dirigir ao Judiciário e a outros órgãos competentes como o Ministério Público, para solicitação ou encaminhamento de alguma pretensão ou reclamação.

Esse acesso à justiça através de petição, conforme já foi dito anteriormente não é muito comum, percebemos que há sim o acesso, mas não formalmente, e sim verbalmente, onde os pedidos são feitos de forma oral e muitos deles atendidos, completamente. Em muitos

casos são pedidos ou reclamações relacionadas a eventuais abusos da Administração no procedimento executório.

3.3.6 Contato com o mundo exterior

O preso não deve ficar a par do que ocorre além dos muros dos presídios, isso porque é exatamente para lá que ele voltará quando for posto em liberdade. E isso não é um benefício apenas, e sim um direito a liberdade de informações e expressão. O preso poderá ter acesso aos acontecimentos familiares, sociais, políticos, dentre outros. A sua estadia na cadeia não poderá significar uma marginalização da sociedade.

O contato com o mundo exterior poderá ser feito através de correspondência, imprensa escrita e outros meios de comunicação, como rádio e a televisão. Esse contato com o que ocorre fora dos presídios contribui para mantê-lo informado e tem como fim principal, o fato dele não se sentir totalmente excluído da sociedade.

Segundo Mirabete (1997, p 125), uma das formas mais importantes para a comunicação do preso com o exterior é a correspondência mantida com familiares, amigos, representantes credenciados de organismos e instituições de cooperação penitenciária, profissionais (advogados, médicos, assistentes sociais dentre outros).

Porém, há certas restrições que são permitidas, como é o caso que vise garantir a segurança do estabelecimento prisional. Nesses casos havendo suspeitas de que esteja ocorrendo ou venha a ocorrer algum dano tanto interno como externo, é sim permitido por lei a limitação do direito e sigilo da correspondência e comunicação por parte dos presos, é claro devidamente justificado e fundamentado pelo diretor do presídio, e deve ser temporária, ou seja, essa restrição deverá durar apenas o tempo indispensável à sua finalidade.



3.3.7 Atestado de pena a cumprir

Além dos direitos retro mencionados, deverão constar do atestado anual de cumprimento de pena, dentre outras informações relevantes, o montante da pena privativa de liberdade, o regime prisional de cumprimento de pena, data do início e data, mesmo que em tese, do término da pena, e também a data a partir da qual o apenado poderá postular a progressão do regime prisional e livramento condicional.

É o que versa o artigo 41, inciso XVI, *in verbis*: “atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente”.

Percebe-se assim que ainda há muitos problemas nas prisões em virtude da falta de uma regulamentação mais rígida sobre o atestado de pena. O que ocorre na maioria dos casos é uma revolta, por parte dos presos, que por não saberem ao certo a sua situação, acabam por se valerem de rebeliões e violências dentro dos presídios.

As garantias constitucionais e os direitos até aqui pesquisados, deixam em evidência o quadro protecionista que a legislação brasileira oferece às pessoas presas em geral. Dessa maneira, se é intenção do legislador constituinte e também do ordinário oferecer, é dever das instituições públicas, das autoridades e da própria sociedade civil organizada abraçarem essas previsões, a fim de proporcionar a esses cidadãos segregados, a reflexão, a reeducação e a ressocialização, objeto da aplicação da pena.

Após tratarmos das garantias asseguradas ao apenado pela Lei de Execução Penal, adiante abordaremos, com riqueza de detalhes, um direito/dever, qual seja, o trabalho do preso.

4 DIREITOS E DEVERES QUANTO AO TRABALHO DO PRESO

Neste capítulo final, serão abordados assuntos referentes ao trabalho do preso. Afinal, o exercício laboral do sentenciado é um direito ou um dever? O sistema carcerário brasileiro comporta condições para o trabalho dos detentos?

Veremos como o serviço pode ajudar na ressocialização do apenado, retirando-o da ociosidade e contribuindo para que busque uma existência digna, livre de infrações. Além do mais, analisaremos as regras que possibilitam a remição da pena para aqueles que exercem trabalho dentro e fora do estabelecimento prisional.

4.1 Noções gerais sobre o trabalho do preso

A Constituição Federal de 1988 preconiza, em seu art. 170, que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]". Além disso, colocou entre os fundamentos da República Federativa do Brasil "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", o que vem tipificado em seu art. 1º, IV. Outrossim, o art. 6º do mesmo diploma legal coloca o trabalho no rol dos direitos sociais.

Desta forma, temos que a atividade laboral é essencial para o desenvolvimento da sociedade, bem como para a formação do ser humano. O trabalho, qual seja a sua modalidade, garante ao indivíduo dignidade perante sua família e o meio social em que vive, além de prover-lhe sua manutenção e subsistência.

Quanto à importância do trabalho, Gomes e Santos entendem que:

Elevar o trabalho a direito social fundamental, reforça a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais e a melhor distribuição da

renda, com fins de erradicar a pobreza e garantir o acesso de todos ao mercado de consumo e a uma condição de vida digna. Não sem razão que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra abrigo e fundamenta o ideal de se garantir trabalho digno a todos. O trabalho digno não significa apenas possibilitar o acesso das pessoas ao mercado de trabalho. É preciso lutar por condições de trabalho que representem melhoria para os trabalhadores, condições que sejam catalisadoras da ampliação dos direitos fundamentais.²⁶

Seguindo as premissas da importância do labor, quis o legislador, quando da edição da Lei 7.210/84, colocar o trabalho do condenado como sendo dever social e condição de dignidade humana, tendo fim educativo e produtivo, podendo ser notado no art. 28 da referida lei. Necessário se faz ressaltar que, tal trabalho, deverá ser remunerado, sendo, ainda, garantidos os benefícios da Previdência Social, conforme disposição do art. 39 do Código Penal. Vale lembrar que, antes de mais nada, a atividade laboral deve ser lícita.

O referido trabalho atribuído ao apenado possui, como bem lecionam Távora e Alencar (2012, p. 1.328), natureza híbrida. Segundo eles,

É direito do preso, eis que é instrumento que assegura sua dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva, e também, sob este último enfoque, é um dever social que deve respeitar às precauções referentes à segurança e à higiene, conquanto não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

De parecido raciocínio, Marcão (2012, p. 60) também vê dupla finalidade no trabalho do sentenciado. Segundo o autor, este instituto possui alcance educativo e produtivo.

No tocante à necessidade de se atribuir o trabalho ao preso, Arús, citado por Gholmie, compreende que:

[...] é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do

²⁶ GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=526>> Acesso em: 26 set. 2013.

ponto de vista sanitário, é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo, o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para as suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade.²⁷

Oportuno se faz ressaltar que o condenado por crime político não está obrigado a trabalhar, consoante disposição do art. 200 da Lei de Execução Penal. Não se sabe ao certo qual fora a intenção do legislador. Marcão (2012, p. 61), por exemplo, demonstra estranheza diante da opção em não enquadrar estes condenados na obrigatoriedade do labor.

Embora a visão de trabalho do preso seja, à primeira vista, eficaz e de bom agrado, Pontieri, acerca do tema, expõe que:

O trabalho do preso recebe muitas críticas, apesar de estar disposto na lei de execução penal e ser tratado como matéria constitucional. A parcela que critica o trabalho do preso afirma, na maioria das vezes, que o trabalho não conseguirá resgatar o preso de seu meio criminoso, ou que, o Estado não pode perder tempo ou gastar dinheiro aparelhando uma estrutura prisional para fornecer trabalho aos detentos enquanto o desemprego fora das grades aumenta a cada dia.²⁸

Decerto, o desemprego é algo que preocupa em nosso país. Entretanto, o trabalho dos detentos não influencia esse fator, haja vista que o contexto é totalmente diferente. É imposto trabalho ao preso, como vimos, para que o mesmo possa se reeducar e readaptar à sociedade, mesmo que muitos acreditem o contrário. Se o labor é tido como alicerce para uma vida digna, por que não acreditar que o mesmo influenciará o condenado a buscar caminhos diferentes daqueles que o levaram a esta situação?

²⁷ GHOLMIE, Myriam Rossi Sleiman. Da garantia do direito ao trabalho ao egresso do sistema prisional. Disponível em: <<http://aems.edu.br/publicacao/direito/downloads/Direito%20e%20Sociedade%2010%20final%20para%20impress%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 26 set. 2013.

²⁸ PONTIERI, Alexandre. Trabalho do preso. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300307.pdf>> Acesso em: 26 set. 2013.

Como é sabido, o sistema carcerário no Brasil ainda deixa muito a desejar. Arruda, em brilhante artigo publicado no portal Revista Jurídica²⁹, é coerente ao dizer que os presídios são ineficientes, superlotados e esquecidos pelo poder público, transmitindo uma ideia de descaso e mazela.

Marcão (2012, p. 67) destaca parte de um acórdão publicado na Revista dos Tribunais 736/685, cujas palavras demonstram preocupação:

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela existir.

Ademais, quanto à estrutura para empregar os condenados, a situação não é diferente. Porém, não devemos generalizar a situação, vez que casos reais nos mostram que o trabalho imposto ao preso contribui bastante para a sua ressocialização.

Ássaly, citado por Marcão (2012, p. 60), entende que "o trabalho presidiário, consagrado em todas as legislações hodiernas, constitui uma das pedras fundamentais dos sistemas penitenciários vigentes e um dos elementos básicos da política criminal". Nota-se, com isso, a responsabilidade estatal no tocante a esta prática dentre os sentenciados.

Oliveira também defende o trabalho do preso, do mesmo modo que atribui ao Estado o dever de proporcionar tal atividade, como forma de prepará-lo ao retorno à liberdade. Para ela:

²⁹ ARRUDA, Sande Nascimento. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>> Acesso em: 26 set. 2013.

O reconhecimento do trabalho como força motriz de toda a sociedade impele o Estado, único detentor do poder de punir, a promover oportunidades de preparação dos apenados sob sua custódia a desenvolver atividades laborativas, com a finalidade de prepará-los ao retorno à convivência social e propiciar a dignidade da pessoa humana. Deixar o preso reabilitando fora dessa realidade é mais do que desqualificá-lo para a nova vida fora das grades: é colocá-lo novamente em uma linha tênue entre o desemprego, devido a sua baixa qualificação, e a criminalidade, que lhe mostrará formas mais rápidas de conseguir dinheiro e status.³⁰

No ano passado, no presídio de Taquara/RS, por exemplo, todos os presos cumpridores de pena em regime fechado estavam trabalhando na produção de chaveiros, fivelas, botons e fechos. Segundo o depoimento de um apenado de 32 anos, a oportunidade de trabalhar quando do cumprimento da pena dá a possibilidade de “o preso se redimir da culpa que sente por ter cometido algo errado contra a sociedade”. À época, o administrador da casa prisional relatou que “não houve mais registro de ocorrência de indisciplina desde que fora viabilizado trabalho aos apenados”³¹. Temos, portanto, que a incidência da atividade laboral foi bem aceita, tanto pelos presos, quanto pelos encarregados do local.

Recentemente, em matéria divulgada no portal do Jornal O expresso, foi noticiado que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, com cerca de 550 mil presos. A publicação traz, ainda, que diversos presídios no Brasil disponibilizam serviços aos condenados, com resultados satisfatórios. É o que se verifica na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires, em Juiz de Fora/MG, em Campo Grande/MS, Colatina/ES, dentre outros³². O noticiário é enfático ao dizer que o trabalho carcerário é a solução para os mais de meio milhão de detentos em nosso país.

³⁰ OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Direito ao trabalho do preso: uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2801/3957>> Acesso em: 27 set. 2013.

³¹ MOTTA, Neiva. Presídio de Taquara oferece trabalho para todos os presos do regime fechado. Disponível em: <<http://www.estado.rs.gov.br/noticias/1/102352/Presidio-de-Taquara-oferece-trabalho-para-todos-os-presos-do-regime-fechado/22/15/>> Acesso em: 26 set. 2013.

³² Trabalho no presídio é solução para 1/2 milhão de detentos. Jornal Oexpresso. Disponível em: <<http://jornaloexpresso.wordpress.com/2013/08/06/52487/>> Acesso em: 26 set. 2013.

4.2 Jornada de trabalho e remuneração

Preconiza o art. 41, II, da Lei de Execução Penal que é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração. Elencar esta disposição no rol dos direitos do condenado foi uma ousadia do legislador. Não porque seja algo que não mereça relevante destaque, mas por não condizer com a realidade do sistema prisional brasileiro, cuja problemática fora citada anteriormente. Questões polêmicas à parte, temos que alguns avanços já podem ser notados quanto à efetividade deste direito, conforme também já fora exemplificado no tópico antecessor.

É necessário ressaltar que referido emprego não é abarcado pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que fica claro com o disposto no § 2º do já referido art. 28 da LEP. Sendo assim, não há que se falar em relação jurídica proveniente de contrato de trabalho, não havendo vínculo empregatício entre o preso e o sistema prisional. Como bem lembram Gomes e Santos, esta atividade laboral “não irá gerar alguns direitos básicos, como a percepção do 13º salário, férias anuais com o terço constitucional e os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), nem direito a qualquer benefício previdenciário”³³.

Não obstante não exista relação com a CLT, quis o legislador, acertadamente, garantir a observância dos cuidados com a segurança e a higiene dos presos e ora trabalhadores, como se percebe no § 1º do fragmento legal acima citado. Trata-se, portanto, de uma proteção constitucional, vez que o art. 7º, XXII, da nossa Lei Maior, elenca a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” dentre os direitos dos trabalhadores.

Tendo como base o corpo do art. 29 da mesma Lei, temos que a remuneração será feita com base em tabela prévia, cujo valor não será inferior a 3/4 do salário mínimo. O que for angariado pelo preso servirá para custear, primeiramente, a indenização oriunda dos danos causados pelo crime, desde que tenha sido determinada pelo juiz e que não tenha sido sanada por outro meio. Posteriormente, o valor será atribuído à família do apenado, bem como servirá

³³ GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=526>> Acesso em: 26 set. 2013.

para custear pequenas despesas pessoais. Por fim, sem que haja prejuízo destes destinatários e com proporção fixada, o produto da remuneração servirá para ressarcir o Estado quanto às despesas realizadas com a manutenção do próprio preso. O que restar, será depositado em caderneta de poupança para que haja constituição de pecúlio, sendo entregue ao executado quando vier a ser liberado.

Há que se ter em mente, porém, que os serviços prestados à comunidade, cuja natureza é sancionadora, não estarão sujeitos à remuneração, nos moldes do art. 30 da LEP.

4.3 Trabalho interno

Consoante se depreende da leitura do art. 31 da Lei de Execução Penal, o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado a trabalhar, desde que tenha aptidão e capacidade para tal. Necessário lembrar que tal obrigatoriedade não remete à ideia de trabalho forçado, não devendo afrontar a disposição constitucional do art. 5º, XLVII, *c*.

Em relação ao preso provisório, a este não lhe é obrigatório a prestação de serviços e, caso se habilite a algum trabalho, o exercício laboral se dará no interior do estabelecimento prisional, em conformidade com o parágrafo único do fragmento legal infraconstitucional acima citado. Marcão (2012, p. 61) recomenda que o preso provisório trabalhe, utilizando de sua faculdade legal e tendo a possibilidade da remição da pena, posto que é possível a execução provisória da sentença condenatória não transitada em julgado para a defesa, nos termos do art. 2º da LEP e da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar que, ao ser atribuído trabalho aos apenados será levado em consideração a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras de cada um, além das oportunidades dispostas no mercado, conforme se aduz com a leitura do art. 32 da mesma lei. O mesmo dispositivo limita a prática do artesanato sem expressão econômica, a não ser que se realize em locais onde o turismo é predominante. Entretanto, segundo observa Marcão (2012, p. 62), o trabalho artesanal não deverá ser proibido mesmo em região que não possua turismo, mas, tão somente, limitado, devendo ser, inclusive, motivo para a remição da pena.

Quanto às necessidades especiais, devemos observar os parágrafos 2º e 3º, ainda do art. 32 da LEP. Àqueles que possuam mais de sessenta anos de idade, ser-lhes-ão atribuídas ocupações adequadas, mediante solicitação dos mesmos. De semelhante raciocínio, aos doentes e/ou deficientes físicos somente serão destinadas atividades condizentes ao seu estado.

No que tange à jornada de trabalho, esta não será inferior a seis e nem superior a oito horas diárias, com permissão de descanso nos domingos e feriados, em consonância com o art. 33 do mesmo ordenamento. Entretanto, horário diverso poderá ser imposto aos condenados que tiverem a incumbência de prestar serviços que visem preservar e manter o local, como serviços de limpeza, por exemplo.

Interessante o fato de a Lei de Execução Penal permitir que o trabalho possa ser gerenciado por fundação ou empresa pública:

Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. (Renumerado pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º. Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

Tais disposições demonstram o quão participativo deve ser o Estado na busca pela integração do trabalho ao preso nos sistemas prisionais.

4.4 Trabalho externo

Fato curioso está na possibilidade de os presos em regime fechado realizarem trabalho fora das dependências do estabelecimento carcerário. Porém, isso só será possível “em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”, nos termos do art. 36 da Lei de Execução Penal.

Nogueira (apud CHAVES) não comunga da ideia instituída pelo legislador em possibilitar o trabalho externo do preso em regime fechado. Para ele, “parece inadequado ao próprio regime fechado e ao próprio tipo de condenado, cujo trabalho deve estar restrito ao estabelecimento e não externamente”³⁴. Entretanto, temos que é possível a saída dos apenados para que possam trabalhar.

Tendo como fulcro os parágrafos do art. 36 da referida lei, observamos que há um limite de presos por obra, não podendo ser superior a 10% do total dos empregados. A remuneração, neste caso, ficará a cargo do órgão da administração, da entidade ou da empresa empreiteira. Caso a prestação seja destinada a entidade privada, levar-se-á em consideração o consentimento expresso do preso.

Os requisitos para que seja exercido o trabalho externo são elencados no art. 37 da LEP, quais sejam, aptidão, disciplina e responsabilidade. Também é necessário, o cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Marcão (2012, p. 62), ao analisar estes requisitos, aponta para a necessidade de dois elementos básicos para que o sentenciado seja submetido ao trabalho externo:

Um subjetivo, qual seja, a disciplina e responsabilidade, que a nosso ver devem ser apurados em exame criminológico, e outro objetivo, consistente

³⁴ CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110#_fn10> Acesso em: 27 set. 2013.

na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido o mínimo de um sexto de sua pena. Não basta, assim, o atendimento a apenas um dos requisitos. A autorização está condicionada à conjugação dos requisitos subjetivo e objetivo.

Neste ponto, vale citar a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado". Ou seja, caso o preso tenha conquistado o direito à progressão, passando do regime fechado ao semiaberto, por exemplo, para que possa se beneficiar com a saída temporária e o trabalho externo, levar-se-á em consideração o tempo de pena cumprido no regime fechado.

Mais uma vez citando as lições de Marcão (2012, p. 63), observamos que não há divergência entre as regras da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) e o trabalho externo. Desta forma, os apenados pela prática de tais crimes também podem se beneficiar com o labor fora do estabelecimento prisional.

Preenchidos tais requisitos, caberá à direção do estabelecimento a autorização para a prestação dos serviços. Temos desta forma, que tal autorização não está inserida no rol das atividades jurisdicionais, previsto no art. 66 da Lei de Execução Penal.

Há que se policiar, entretanto, quanto à advertência trazida pelo parágrafo único do mesmo artigo 37. Segundo este, a autorização de trabalho externo será revogada se o preso praticar ato criminoso, for punido por falta grave ou tiver comportamento contrário aos requisitos mencionados anteriormente. Tal revogação também fica a cargo do diretor do estabelecimento.

4.5 Remição pelo trabalho

O termo remição, segundo estudos de Marcão (2012, p. 2013), vem do latim *redimere*, significando reparar, compensar, ressarcir. Utilizando-se deste instituto da execução penal, o condenado poderá ter o tempo de cumprimento de sua pena reduzido, uma vez que

esteja dedicado ao trabalho e/ou ao estudo, observados os moldes dos arts. 126 a 128 da Lei de Execução Penal.

Mirabete, citado por Marcão (2012, p. 213), observa que:

Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva. Segundo Maria da Graça Moraes Dias, trata-se de um instituto completo, "pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e, sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do penado".

Como foi dito anteriormente, o preso provisório não está obrigado a trabalhar, tendo como fulcro o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ocorre que, havendo possibilidade de execução provisória da sentença que ainda não transitou em julgado, o preso, caso queira, poderá trabalhar sob as regras da LEP, vez que não há óbice legal para tal. Posteriormente, o apenado terá a oportunidade de se utilizar disso para pleitear o instituto da remição.

Em relação aos internados por medida de segurança, Moraes e Smanio, citados por Marcão (2012, p. 214), entendem que:

Não tem direito à remição o agente que está submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ainda que essa internação possa ser objeto de detração penal, pois o sentenciado não estará cumprindo a pena segundo as regras do regime fechado ou semiaberto, expostas no *caput* do art. 126 da LEP.

Conforme dispõe o referido art. 126 da Lei de Execução Penal, terá direito de remir sua pena, o condenado que a cumpre em regime fechado ou semiaberto, assim o fazendo através do trabalho e/ou do estudo. Desta forma, não poderá se utilizar do instituto o

sentenciado cuja pena é cumprida no regime aberto ou em livramento condicional, pois não há respaldo legal para tal ocorrência. Além do mais, o trabalho já é condição indispensável para que o apenado ingresse no regime aberto, bem como no livramento condicional, conforme prevê os arts. 114, I, e 132, § 1º, *a*, da LEP.

Observadas as regras do art. 33, para cada três dias de trabalho regular, será abatido um dia da pena do executado, nos moldes do art. 126, § 1º, II da lei em comento. A fiscalização da contabilidade destes dias deve ser a mais rigorosa possível. Marcão (2012, p. 215), neste sentido, cita acórdãos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, segundo os quais:

Para que seja possível a remição da pena pelo trabalho, permitida pelo art. 126 da Lei 7.210/84, não basta o trabalho esporádico, ocasional, do condenado. Deve haver certeza de efetivo trabalho, bem como reconhecimento dos dias trabalhados. Exige-se que a atividade seja ordenada, empresarial e, antes de mais nada, remunerada, garantidos ao sentenciado os benefícios da Previdência Social, com o fim de educar o preso, entendendo-se o presídio como verdadeira empresa.³⁵

Para o deferimento do pedido de remição de penas, necessário se faz o cômputo preciso dos dias em que o preso labutou, excluídos os dias do descanso obrigatório e aqueles em que a atividade laborativa foi inferior a seis horas, vedadas compensações. Tal exigência objetiva, justamente, evitar a ocorrência de fraudes.³⁶

Tendo como premissa os valores sociais inerentes ao trabalho, tais como, responsabilidade, organização e disciplina, na remição outro não deve ser o entendimento. O preso deverá ter uma rotina ordeira, visando sua reeducação e futura inserção em comunidade, labutando e computando seus prazos de maneira séria e honesta.

O § 3º do art. 126 possibilita a cumulação dos casos de remição, compatibilizando as horas de estudo com os dias de trabalho. Não é demais ressaltar que, em relação ao estudo, diminui-se um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias (126, § 1º, I).

³⁵ TACrimSP, Ag. 450.407/1, 9ª Câ. rel. Juiz Brenno Marcondes, j. em 15-10-1986, RT, 616/323.

³⁶ TACrimSP, AE 964.511/1, 11ª Câ. rel. Juiz Wilson Barreira, l. em 21-08-1995, RT, 727/526.

Interessante o que preconiza o § 4º do mesmo artigo. Segundo este, caso o preso fique impossibilitado de prosseguir no trabalho ou no estudo, em decorrência de acidente, o mesmo continuará se beneficiando com o instituto da remição. Além do mais, dispõe o § 7º que estas mesmas regras serão observadas quanto à prisão cautelar no que tange à concessão da remição.

Vale atentar para o que dispõe o art. 130 da LEP. Segundo este, quem declarar ou atestar falsamente prestação de serviço com a finalidade de instruir requerimento de remição, estará enquadrado no crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal, segundo o qual:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Deste modo, temos que tanto a fiscalização do trabalho quanto a prestação de informações devem ser feitas com a maior responsabilidade possível, estando, a prática contrária, sujeita às sanções da legislação penal.

Foi dito anteriormente que a jornada de trabalho será de, no mínimo, seis e, no máximo, oito horas diárias, com descanso aos domingos e feriados. Do mesmo modo, também foi explicado que pode haver horário especial aos presos, de acordo com a natureza do trabalho. Nesta situação, deverão ser observadas as peculiaridades de cada caso. Por exemplo, se um preso trabalha doze horas e descansa no dia seguinte, retornando no imediato, o mesmo possui jornada de seis horas diárias de trabalho. É o que já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de agravo, registrado por Marcão (2012, p. 217).

Segundo este mesmo raciocínio e os registros de julgados trazidos pelo autor acima citado, a jornada de trabalho realizada aos domingos e feriados também merece ser

computada para os efeitos da remição. Segundo o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, "desde que o trabalho realizado pelo preso em horas excedentes e em domingos e feriados tenha sido expressamente determinado pela autoridade competente, não seria justo deixar de contá-lo para fins de remição da pena"³⁷. A restrição trazida pelo art. 33 da LEP deve ser interpretada em favor do sentenciado, de modo que, ao utilizar do que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo, tais atividades, observados os requisitos legais, devem ser incluídas no cômputo dos dias remidos.

Quanto aos trabalhos artesanais que, como vimos, devem ser limitados em regiões que não comportam atividade turística, estes também são abarcados pelos efeitos da remição. Segundo agravo em execução julgado no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, registrado por Marcão (2012, p. 218-219):

É admissível, em se tratando de remição, a realização de trabalhos artesanais pelo preso, quando ausentes condições para execução de outras atividades laborativas - por exemplo, no caso de preso recolhido à Cadeia Pública, pois o art. 32, § 1º, da Lei 7.210/84 não proíbe tal modalidade de trabalho, mas apenas considera, em regra, desaconselhável.³⁸

Assim sendo, fica claro que os trabalhos artesanais podem ser realizados e merecem ser computados para a remição da pena. Seria espantoso conceder ou denegar benefícios baseado na região onde o apenado está cumprindo pena.

O juiz da execução, após ouvir o Ministério Público e a defesa, declarará a remição, em atendimento ao § 8º, ainda do art. 126 da LEP. Para todos os efeitos legais, o tempo remido será computado como pena cumprida (art. 128).

As informações acerca do trabalho ou do estudo dos apenados serão encaminhadas ao juízo da execução pela autoridade administrativa, mensalmente. Constará em tais informações, o registro dos presos que trabalham, bem como os respectivos dias trabalhados, em cumprimento ao art. 129 da mesma lei. Ocorrendo a remição, dar-se-á ao condenado a relação de seus dias remidos (§ 2º).

³⁷ TACrimSP, Ag. 499.231/3, 1ª Câm., rel. Juiz Rubens Gonçalves, j. em 14-4-1988.

³⁸ TACrimSP, AE 1.049.789/4, 10ª Câm., rel. Juiz Vico Mañas, j. em 19-3-1997.

Quanto aos estabelecimentos prisionais que não disponibilizam trabalho aos apenados, temos que, em tais casos, de nada poderá ser feito para que haja a remição com base na atividade laboral. Neste sentido, entendeu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

O pedido de remição da pena embasado no fato de se encontrar recolhido o sentenciado em estabelecimento penal inadequado, onde teve cerceado seu direito de trabalhar e assim remir parte de sua pena, posto inexistir no local condições para o exercício de atividade laboroterápica, não encontra amparo legal, vez que inexistente previsão do trabalho como direito do condenado e obrigação do Estado em nenhum dispositivo legal, seja no CP (v.g. arts. 34, § 1º, e 35, §, 1º), seja na Lei de Execução Penal (art. 126). Diversamente, neles o trabalho surge sempre como imposição da lei e obrigação do sentenciado, consequência da execução da pena privativa de liberdade.³⁹

De semelhante pensamento, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que:

Não é possível retirar da conhecida falta de sintonia entre a legislação atinente à execução penal e o sistema carcerário existente o direito à remição ante o fato de o presídio, onde se encontra, não dispor de qualquer condição para tanto, cabendo, antes, atentar que é o condenado que está em débito com a sociedade e, por isso, deve arcar com todas as consequências de sua conduta delinquencial, inclusive com aquelas que lhe decorrem à conta de eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária atual.⁴⁰

Sendo assim, nos locais onde o preso não tenha oportunidade de trabalhar para fazer jus ao instituto da remição, de nada poderá ser feito ao seu favor. É certo que ao preso deveriam ser estendidas todas as garantias pautadas na Lei de Execução Penal, mas como já vimos, nossos cárceres estão longe do editado pelo legislador. Não havendo meios de se remir pelo trabalho, como visto nos julgados acima, é forçoso pleitear a remição sob o fulcro da não oportunidade oferecida pelo estabelecimento para o exercício do labor.

³⁹ TACrimSP, AE 775.731/1, 9ª Câmara, rel. Juiz Barbosa de Almeida, j. em 3-3-1993.

⁴⁰ TJSP, Ag. 187.892/3, 3ª CCrim., rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 4-9-1995.

Há que se ter em mente que, uma vez tendo direito à remição, o apenado corre o risco de ter seu tempo remido revogado. Isso irá ocorrer em caso de falta grave, valendo a pena ressaltar o art. 50 da Lei de Execução Penal:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II - fugir;
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV - provocar acidente de trabalho;
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Caso o apenado tenha feito jus à remição e, por ventura, cometa alguma das faltas acima descritas, poderá o juiz revogar até 1/3 do tempo remido, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar, nos termos do art. 127 da LEP. Para tanto, dever-se-á observar o disposto no art. 57, segundo o qual, "na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão".

Conforme lições de Marcão (2012, p. 223), o Supremo Tribunal Federal por vezes decidiu que o executado não tem direito adquirido ao tempo remido, vez que o art. 127 o subordina ao não cometimento de falta grave, sob pena de perder tal período. Neste sentido, foi editada a Súmula Vinculante 9, segundo a qual, "o disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

Não obstante tenha sido reconhecida a constitucionalidade do instituto da revogação da remição, este ainda gera controvérsias. O art. 127 não faz referência à necessidade de punição, o que dá a entender que o mero cometimento enseja a revogação.

Ademais, o legislador utilizou o verbo "poderá", transmitindo ideia de mera faculdade conferida ao magistrado.

Entretanto, mais uma vez sob a égide dos ensinamentos de Marcão (2012, p. 224), espera-se que a falta seja apurada e reconhecida judicialmente, em atendimento aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Na mesma seara, o juiz deve quantificar o abatimento galgado em critérios de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade, em decisão fundamentada, em atendimento ao art. 94, IX, da Constituição Federal.

É necessário dizer que a apuração da falta grave cometida pelo apenado deve abarcar os princípios do contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente no art. 5º, LV. Deste modo, a oitiva do sentenciado "há de se antecipar à decisão definitiva da regressão do regime e perda dos dias remidos, devendo se realizar em audiência perante o Magistrado responsável pela execução da pena, e não por meio de defesa técnica"⁴¹. Em outros termos, recebida a notícia da prática de falta grave por um dos presos, o juiz designará a oitiva do suposto infrator, devendo também ser ouvidos o defensor e o Ministério Público. Após apurada a autoria da infração, poderá o juiz aplicar a sanção e, se for o caso, revogar o tempo remido em, no máximo, 1/3.

⁴¹ STJ, RHC 7.460-DF, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 18-6-1998.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, apresentado em forma de monografia, analisou aspectos do poder punitivo do Estado, ressaltando o (des)cumprimento dos direitos do condenado.

Com os registros históricos, pudemos notar a enorme evolução da pena, desde os primórdios da humanidade até os dias atuais. De fato, houve uma mudança significativa para melhor, se considerarmos que os povos primitivos estavam sujeitos a sanções cruéis e desumanas, cuja prática é vedada atualmente.

Percebemos, com os relatos de estudiosos do Direito, que não mais se tem a pena como um mero castigo imposto ao infrator. Com o passar do tempo, o poder punitivo estatal preocupou-se em analisar os aspectos individuais do condenado, almejando, além de fazer com que o mesmo cumpra com seu dever perante a sociedade, a sua “recuperação”, objetivando o seu retorno ao convívio social. Trata-se do instituto ao qual denomina-se ressocialização.

Decerto, para que alguém encarcerado durante um longo período retorne à liberdade com pensamentos positivos e não mais com os olhos voltados ao crime, é necessário que este período seja abarcado por circunstâncias que farão com que o preso repense suas atitudes e passe a ter um bom comportamento. Entretanto, o ambiente hostil e obscuro que envolve as prisões, certamente, não sustentam condições para que isso aconteça, podendo o infrator, inclusive, sair “pior” do que entrou.

Dados analisados no decorrer deste estudo reportam-nos a uma situação alarmante: o alto índice de reincidência no Brasil. Ora, se o cidadão volta a delinquir após passar um longo período encarcerado cumprindo sua pena, por óbvio, a ressocialização restou prejudicada. E isso acontece, justamente, pelo fato de não serem cumpridas as garantias afirmadas pela legislação vigente, estando o preso a mercê de estabelecimentos que não

possibilitam a execução de todos os direitos delimitados e defendidos pela LEP, sempre ressaltando a dignidade da pessoa humana.

Com outras notícias, também ressaltadas ao longo deste trabalho, percebemos o quão precário está nosso sistema penitenciário, estando o Brasil, registrado como sendo um dos países com o maior número de presos em todo o mundo. A superlotação em decorrência dos déficits de vagas, além de dificultar o cumprimento dos direitos individuais de cada condenado, fere um dos princípios basilares do Direito Penal moderno, qual seja, a individualização da pena.

Preconiza o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que a lei será responsável por regular a individualização da pena. Por sua vez, o art. 1º da LEP dispõe que "os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal". Diante disso, temos que cada preso deve ser considerado um ser individual para fins de cumprimento da sentença. Porém, com a precariedade das prisões, é forçoso acreditar na eficácia deste princípio, principalmente quando notícias apontam celas repletas de condenados com os mais diversos graus de periculosidade, algo totalmente reprovável.

A título de exemplo, se alguém condenado por, "simplesmente", furtar alimentos para comer, ficar detido em companhia de outrem ali preso por traficar entorpecentes, este poderá influenciar aquele para que adira às suas práticas e saia dali com pensamento voltado a um crime mais cruel do que o que o levou àquele ambiente. Este é um dos problemas provocados pela má administração da população carcerária.

No que tange ao trabalho do preso, notamos, com reportagens expostas no último capítulo, que pouquíssimos estabelecimentos em território brasileiro, disponibilizam acesso aos presidiários para que possam exercer o labor. O trabalho do condenado, além de ser um dever dentro do cárcere, também é um direito previsto na LEP, podendo, inclusive, ensejar na remição da pena.

Além do mais, percebemos, com os depoimentos registrados, que o trabalho atribuído aos sentenciados tira-os da ociosidade, bem como é fator preponderante para se evitar brigas, rebeliões e outras desavenças no ambiente prisional. E se é verdade que o

trabalho edifica o homem, esta é uma relevante forma de contribuir para a sua ressocialização. Porém, como ficou evidente, o Brasil tem muito o que evoluir em relação a esta questão.

Vale ressaltar que, em nenhum momento durante a confecção deste estudo, buscou-se discutir as razões que levam o ser humano a delinquir, bem como o que poderia ser feito para evitar a intensa onda de criminalidade que assola a sociedade mundial, em especial, a brasileira. Por mais que saibamos que o Estado também deve dispor de meios que visem, não apenas remediar, mas prevenir os crimes através de, principalmente, educação e segurança, o que nos preocupa, por ora, é a forma com que o poder punitivo vem sendo levado adiante. Tendo em vista que a prática da tortura é vedada, esta não poderia ser verificada quando vários presos são obrigados a ficar em uma cela que não comporta o número de pessoas que ali estão?

Como já foi dito, os estabelecimentos prisionais devem ser utilizados como formas de reabilitação dos apenados, não devendo servir como “fábrica” de delinquentes, tornando-os mais frustrados e revoltados do que quando entraram. Se vivenciamos um alto índice de criminalidade no país, em parte, deve-se a essa mesma situação, que não é capaz de recuperar o cidadão preso.

Como forma de desafogar as entranhas estatais, há quem defenda a privatização do sistema prisional brasileiro. Caso isso ocorresse, o tratamento aos presos ficaria a cargo de particulares, estes exercendo uma função pública. Tendo em vista o fato de somente o Estado ter consigo o poder de punir, a tais particulares restariam apenas administrar o ambiente físico carcerário. Se seria uma boa solução ao caos atual, só a prática nos permitiria dizer.

Concluimos, outrossim, que em nosso país o preso não perde, tão somente, a sua liberdade. Por aqui, o condenado perde, não raras vezes, a sua dignidade. Isso porque o mesmo fica à deriva das abusividades do poder punitivo, ou seja, do Estado, que não é capaz de efetivar na prática aquilo que está previsto na aplausível Lei de Execução Penal.

Enquanto não surgem modificações drásticas com o fito de, pelo menos, amenizar a situação, teremos que conviver com esse descumprimento de preceitos garantidos legalmente. Isto porque, comparando o texto infraconstitucional da Lei 7.210/84 com o que vemos hodiernamente ser veiculado nos meios de comunicação, como rebeliões, fugas e

superlotação nos cárceres brasileiros, percebemos uma enorme dissonância entre a formalidade legal e a realidade “nua e crua”. O que buscou o legislador, lastimavelmente, não é cumprido pelas autoridades competentes.

REFERÊNCIAS

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal: Curso completo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-07-84**. 5ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. – 2. Ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1**. – São Paulo: Atlas, 2004.

Endereços eletrônicos

ANJOS, Antônio Armando dos. **Quando a progressão do regime prisional desperta comoção**. Disponível em:
http://www8.tjmg.jus.br/institucional/discursos_artigos/desembargadores/quando_progressao_regime_prisional.pdf. Acesso em: 06 nov. 2013

ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**.

Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>.

Acesso em: 03 nov. 2013.

BARROS, Antonio Milton de. **A reforma da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).**

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6322/a-reforma-da-lei-no-7-210-84-lei-de-execucao-penal#ixzz2XFlbv99s>. Acesso em: 26 jun. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Disponível em:

<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. **Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 03 nov. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Regime Disciplinar Diferenciado.** Disponível em:

http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796.

Acesso em: 25 jun. 2013.

CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. **A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito.** Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da-humanidade-no-Direito-Penal-contemporaneo-em-respeito-a-tendencia-constitucionalizante-do-Direito>. Acesso em: 31 out. 2013.

CASTRO, Alexandre de; NASCIMENTO, Regina Aparecida Santaterra. **Trabalho, educação e dignidade da pessoa humana: surgimento de uma forma diferenciada de sistema prisional.** Disponível em:

<http://periodicos.uems.br/novo/index.php/encontrointernacional/article/viewFile/2480/848>.

Acesso em: 31 out. 2013.

CHAVES, Vanessa Afonso. **O trabalho do preso na execução penal.** Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110#_ftn10

Acesso em: 27 set. 2013.

Código de Hamurábi (2083 a.C.). Disponível em:
<http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

Começar de novo: Índice de reincidência no Brasil é um dos maiores do mundo, diz Peluso. Disponível em:
<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/53005/indice+de+reincidencia+no+brasil+e+um+dos+maiores+do+mundo+diz+peluso.shtml>. Acesso em: 06 nov. 2013.

COSTA, Nelson Nery. Direitos e deveres dos presos. Disponível em:
<http://www.defensoria.pi.gov.br/arquivos/DireitosEDeveresDoPreso.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2013.

Exame criminológico é tema de nova súmula do STJ. Disponível em:
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96992.
 Acesso em: 07 nov. 2013.

Exame criminológico não é obrigatório, mas, se for realizado, deve ser seguido. Disponível em:
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90846.
 Acesso em: 07 nov. 2013

GHOLMIE, Myriam Rossi Sleiman. Da garantia do direito ao trabalho ao egresso do sistema prisional. Disponível em:
<http://aems.edu.br/publicacao/direito/downloads/Direito%20e%20Sociedade%2010%20final%20para%20impress%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 26 set. 2013.

GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego. Disponível em:
<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=526>> Acesso em: 26 set. 2013.

JACQUES, Danielle de A. O sistema penitenciário brasileiro: possibilidade de cumprimento da pena através da prisão domiciliar. Disponível em:
<http://siaibib01.univali.br/pdf/Danielle%20Jacques.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

KAWAGUTI, Luis. **Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e déficit de 200 mil vagas.** Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml. Acesso em: 03 nov. 2013.

LIMA, Elke Castelo Branco. **A ressocialização dos presos através da educação profissional.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5822/A-ressocializacao-dos-presos-atraves-da-educacao-profissional>. Acesso em: 07 nov. 2013.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de Mesquita. **Manual de Execução Penal**, p. 65, 1997

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de execução penal : teoria e prática : de acordo com a lei nº 9.714/98.** São Paulo : Atlas, 1999.

MOTTA, Neiva. **Presídio de Taquara oferece trabalho para todos os presos do regime fechado.** Disponível em: <http://www.estado.rs.gov.br/noticias/1/102352/Presidio-de-Taquara-oferece-trabalho-para-todos-os-presos-do-regime-fechado/22/15//>> Acesso em: 26 set. 2013.

Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Dicionário de Latim Forense. Disponível em: http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/l/n/p/1/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html. Acesso em: 31 out. 2013.

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. **Direito ao trabalho do preso: uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social.** Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2801/3957> Acesso em: 27 set. 2013.

PONTIERI, Alexandre. **Trabalho do preso.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300307.pdf> Acesso em: 26 set. 2013.

ROLIM, Marcos. **Limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf. Acesso em: 03 nov. 2013.

SAMPAIO, José Horácio. **Os direitos fundamentais e garantias individuais como pressupostos para a eficácia dos direitos humanos do presidiário.** disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp079019.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

SCHIMIDT, apud CARVALHO, 2007, p. 222.

SOUSA, Gustavo Pinto de. **Casa de Correção da Corte: Hierarquias e relações de poder, numa sociedade multifacetada pelas diferenças e desigualdades sociais.** Disponível em: <http://www.rj.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/ic/Gustavo%20Pinto%20de%20Sousa.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

STJ, RHC 7.460-DF, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 18-6-1998.

TACrimSP, Ag. 450.407/1, 9ª Câ. rel. Juiz Brenno Marcondes, j. em 15-10-1986, RT, 616/323.

TACrimSP, AE 964.511/1, 11ª Câ. rel. Juiz Wilson Barreira, l. em 21-08-1995, RT, 727/526.

TACrimSP, Ag. 499.231/3, 1ª Câ., rel. Juiz Rubens Gonçalves, j. em 14-4-1988

TACrimSP, AE 1.049.789/4, 10ª Câ., rel. Juiz Vico Mañas, j. em 19-3-1997.

TACrimSP, AE 775.731/1, 9ª Câ., rel. Juiz Barbosa de Almeida, j. em 3-3-1993.

TJSP, Ag. 187.892/3, 3º CCrim., rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 4-9-1995.

Trabalho no presídio é solução para 1/2 milhão de detentos. Jornal Oexpresso. Disponível em: <<http://jornaloexpresso.wordpress.com/2013/08/06/52487/>> Acesso em: 26 set. 2013.