

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UMA OPÇÃO TECNOLÓGICA  
PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Igor Cezar Abdala Marini

Presidente Prudente/SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UMA OPÇÃO TECNOLÓGICA  
PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Igor Cezar Abdala Marini

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2010

# **MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UMA OPÇÃO TECNOLÓGICA PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Curso aprovado  
como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel  
em Direito.

Florestan Rodrigo do Prado

Rodrigo Lemos Arteiro

Jurandir dos Santos

Presidente Prudente, 10 de novembro de 2010

A pena é uma sanção afluiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Sebastian Soler

Dedico este trabalho a toda minha família, amigos e professores.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a oportunidade de viver seguindo suas concepções, pois ainda entre os homens, ele ensinou que o melhor caminho é o que depende de mais esforços, agindo sempre com honestidade, dignidade e humildade.

Senhor, obrigada pelo fim de mais essa etapa e o começo de uma nova caminhada.

Agradeço à minha família pelo apoio, aos meus pais, à minha companheira que muito tem me auxiliado, sendo um exemplo de competência em minha vida.

À Lorena, que depois de seu nascimento passou a ser a minha fonte de inspiração nas minhas conquistas.

Agradeço ao Professor Florestan, meu orientador, por ter prestado importante e significativo apoio na elaboração deste trabalho.

Aos professores Rodrigo e Jurandir, que aceitaram em compor esta nobre bancada.

Aos que direta ou indiretamente contribuíram para elaboração deste trabalho.

Igor

## RESUMO

O monitoramento eletrônico de reeducandos pode ser a medida adequada e necessária a qual é esperada pela sociedade e pelos órgãos jurisdicionais. Através desse sistema, pode-se alcançar a principal finalidade da pena que é justamente a ressocialização, e é também através do mesmo, que uma segurança muito maior irá ocorrer em casos externos, ou seja, fora dos estabelecimentos penais. Importante também será a baixa nos custos por parte do Estado na fase da execução da pena.

**Palavras-chave:** Monitoramento eletrônico. Função ressocializadora da pena. Controle externo. Precariedades prisionais. Pena privativa de liberdade.

## ABSTRACT

The electronic monitoring of reeducation may be appropriate and necessary measure which is expected by society and the courts. Through this system, you can reach the main purpose of punishment that is precisely the rehabilitation, and also through it, that a much greater safety will occur in external cases, ie outside the prisons. Also important is the low cost by the state during the execution of the sentence.

**Keywords:** Electronic Monitoring. Resocializing function of the sentence. External control. Precariousness prison. Custodial sentence.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF/88: Constituição Federal de 1988

COESPE: Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo

CP/40: Código Penal Brasileiro de 1940

CROESTE: Coordenadoria das Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado

DEPEN: Departamento Penitenciário Nacional

FUNAP: Fundação Dr. Manoel Pedro Pimentel

FUNPEN: Fundo Penitenciário Nacional

LEP/ 84: Lei de Execução Penal

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

OEA: Organização dos Estados Americanos

ONU: Organização das Nações Unidas

PCC: Primeiro Comando da Capital

PNDH: Programa Nacional de Direitos Humanos

SAP: Secretaria de Administração Penitenciária

UNIS: Universidade de Integração Socioeducativa

## LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 01: Funcionamiento.....	102
---------------------------------	-----

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>2 CAPITULO I – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PENA</b> .....	17
2.1 Conceito de Pena.....	17
2.2 Princípios Constitucionais Penais.....	19
2.2.1 Princípio da Legalidade.....	19
2.2.2 Princípio da Culpabilidade.....	21
2.2.3 Princípio da Intervenção Mínima.....	22
2.2.4 Princípio da Humanidade.....	23
2.2.5 Princípio da Pessoalidade.....	26
2.2.6 Princípio da Individualização.....	27
2.2.7 Princípio da Proporcionalidade.....	30
2.3 As Vedações Constitucionais da Pena.....	33
<b>3 CAPITULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL</b> .....	39
3.1 Direito Penal Romano.....	35
3.2 Direito Penal Germânico.....	37
3.3 Direito Penal Canônico.....	39
3.4 Direito Penal Comum.....	40
3.5 Período Humanitário – Os reformadores.....	41
3.5.1 Cesare de Beccaria.....	42
3.5.2 John Howard.....	44
3.5.3 Jeremias Bentham.....	45
3.6 Período Criminológico.....	46
<b>4 CAPITULO III – HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	47
4.1 Período Colonia.....	47
4.2 Código Criminal do Império.....	49
4.3 Período Republicano.....	50
<b>5 CAPITULO IV – EVOLUÇÃO E HISTÓRIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO</b> .....	51
5.1 A Pena Privativa de Liberdade: História e Evolução da Pena de Prisão.....	51
5.1.1 A Antiguidade.....	52
5.1.2 A Idade Média.....	54
5.1.3 A Idade Moderna.....	56
5.2 O Sistema Penitenciário Contemporâneo.....	60
5.2.1 O Sistema Pensilvânico Celular.....	60
5.2.2 O Sistema Auburniano.....	61
5.2.3 O Sistema Panótico.....	62
5.3 O Sistemas Penitenciários Progressivos.....	63
5.3.1 Sistema Progressivo Inglês ou “Mark System”.....	64
5.3.2 Sistema Progressivo Irlandês.....	65
5.3.3 Sistema de Montesinos.....	65

<b>6 CAPÍTULO V – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	66
6.1 Estruturação Atual do Sistema Penal Brasileiro.....	70
<b>7 CAPÍTULO VI – A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO</b> .....	72
7.1 A Ineficiência do Caráter Reedutivo da Pena Privativa de Liberdade .....	73
7.2 A Prisionalização.....	77
7.3 A Superlotação dos Presídios e a Ociosidade da População Carcerária.....	81
7.4 Problema da Reincidência no Sistema Carcerário.....	85
7.5 As Facções Criminosas no Interior dos Presídios Brasileiros.....	87
7.2 A Exclusão Social.....	87
7.3 A Sociedade como parceiro na Reintegração Social do preso.....	89
<b>8 CAPÍTULO VII – ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO</b> .....	89
8.1 Formas de Aplicação do Monitoramento Eletrônico na Atualidade.....	90
8.2 Monitoramento Eletrônico nos Estados Unidos.....	91
8.3 Monitoramento Eletrônico em Outros Países.....	93
8.4 Monitoramento Eletrônico no Brasil.....	94
8.4.1 Vantagens.....	94
8.4.2 Críticas.....	100
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	103
<b>10 BIBLIOGRAFIA</b> .....	106
<b>11 ANEXOS</b> .....	110

## 1 INTRODUÇÃO

O monitoramento eletrônico é utilizado em alguns países, de diferentes formas de aplicação. No Brasil há uma discussão a respeito do tema, que ainda gera muita divergência, não se chegando a um entendimento pacificado. Há opiniões no sentido de que esse será um meio para desafogar os estabelecimentos penais que se encontram superlotados, e também para manter um controle a aqueles reeducandos que são beneficiados com certos direitos atribuídos pela lei de execução penal, como é o caso do livramento condicional e da saída temporária, pois como ocorre hoje em dia, não se pode falar em controle externo desses reeducandos que saem dos estabelecimentos penais, além de diminuir os custos que são gastos pelo Estado com a aplicação da pena privativa de liberdade. Outras opiniões, porém, entendem que a aplicação desse sistema no Brasil, será equivocada, e que não irá trazer as melhorias que tanto são esperadas, isso porque seria inconstitucional em nosso país, pois a nossa Constituição Federal consagra vários direitos fundamentais, e um deles, que merece muito respeito, é a dignidade da pessoa humana, e nesse aspecto, o preso iria sofrer constrangimentos ao usar um tipo de identificador perante a sociedade, podendo até mesmo, a população tratá-lo com desprezo e preconceito.

O ponto pertinente a ser trabalhado no presente artigo, é fazer menção das precariedades que constituem nossos estabelecimentos penais, e associá-los a uma nova tecnologia que busca quebrar fortes críticas, tentando chegar o mais próximo possível da finalidade primordial da pena, que é a ressocialização do reeducando, e abordar uma maneira mais consistente nas fiscalizações de detentos, tanto para diminuir o número de fugas e manter um controle maior do que ocorre hoje em dia.

No primeiro capítulo deste trabalho, um breve estudo sobre as características e finalidades da pena foi elaborado, trazendo um breve conceito da pena e as vedações impostas pela Constituição Federal sobre a mesma.

No segundo capítulo, uma abordagem quanto ao surgimento do Direito Penal fora feito, passando por várias evoluções. Neste capítulo, também se destacou o período humanitário, onde a pena passou a ser defendida com novas vertentes, contrariando a realidade desumana da época.

No terceiro capítulo, ainda seguindo a evolução do Direito Penal, o presente trabalho se limitou a falar somente de sua origem e evolução no Brasil, passando pelas leis lusitanas que vigoraram em nossa terra após o descobrimento do Brasil. Também, fora abordado o surgimento do primeiro Código Penal brasileiro, ao qual passou por várias reformas durante a história. O atual Código Penal brasileiro de 1940, tratado neste capítulo, também fora objeto de várias tentativas frustradas de reforma.

O capítulo quatro se preocupou com evolução histórica do sistema penitenciário, também abordou o surgimento e suas modificações da pena privativa de liberdade. Alguns dos sistemas abordados neste capítulo levaram em conta algumas das idéias dos reformadores do período humanitário tratado no capítulo segundo deste trabalho

Já no capítulo quinto ainda fazendo menção à evolução histórica do sistema penitenciário, a preocupação foi com Brasil, onde o presente trabalho se limitou a falar dessa evolução em nosso país. Também, fora abordado a estruturação atual de nosso sistema penitenciário vigente.

No capítulo sexto, embora foram as mais teorizadas idéias quanto a verdadeira finalidade da pena, na prática, tais estudos somente se mostram pertinentes em teorias, pois mesmo após várias discussões sobre como deveriam ser impostas as penas, o sistema falhou. Este capítulo aborda as principais causas da falência da pena de prisão, causas estas que ocorrem não só em nosso país, mas também outros, pois a falência é geral.

Por fim o capítulo sétimo, este totalmente voltado para as questões principais do monitoramento eletrônico, onde além de abordar o seu surgimento e a sua aplicabilidade em outros países, também fora colocado a sua discussão aqui no Brasil, trazendo alguns argumentos favoráveis e outros desfavoráveis conforme passaram a existir. É neste capítulo que o presente trabalho se volta a defender a aplicabilidade do monitoramento eletrônico como meio de pena alternativa a prisão, onde esta se justifica não somente na fase da execução da pena, mas também como medida cautelar e até mesmo ser estendida aos menores infratores.

## 2 CAPÍTULO I – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PENA

### 2.1 Conceito de Pena

Quanto à eficácia da aplicação da pena, um capítulo mais adiante será melhor estudado, porquanto somente um breve conceito será feito levando em conta algumas críticas sofridas sobre a pena durante os anos.

Sobre um raciocínio antigo, há muito tempo atrás Cesare Beccaria tentou dar uma nova justificativa para a pena, que naquele período histórico tinha apenas a finalidade de custódia, ou seja, guardar o preso até que chegasse a hora de seu julgamento e sua verdadeira pena, que eram corporais e infamantes, sendo consideradas as mais desumanas possíveis. Portanto, trata-se o saudoso autor um dos nomes mais importantes na busca da finalidade adequada da pena. De acordo com Beccaria (1999, p. 52):

(...) fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranqüilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

Seguindo à nobre crítica do autor em sua obra sobre a desproporcionalidade do delito à pena, *a qual ele próprio presenciou por injusta interferência paterna* (1999, p.9), podemos concluir que a pena deve ser mais eficaz ao tocar o cidadão em si e não ser tormentosa ao mesmo, isso faz com que, o indivíduo que fora preso, ao sair da prisão atormentado, logo, voltará a praticar delitos causando um numero muito elevado de reincidência.

Segundo Farias Júnior (1996, p.389):

(...), onde o objetivo maior da pena privativa de liberdade é a ressocialização do preso; hoje sem caráter de castigo ou de retribuição corporal, como no passado mais remoto da história do Direito Penal (Penitenciário) da humanidade.

Sendo assim, uma das principais, ou talvez a principal característica da pena, é justamente a busca da ressocialização do preso, o que não ocorria antigamente, no passado remoto da história do Direito Penal, que será melhor tratado no capítulo seguinte. Portanto, em tempos mais antigos, a pena tinha o caráter de castigo ou de retribuição corporal, ao longo dos anos sua ideologia foi mudando e hoje é plenamente vista como uma maneira de buscar dar ao indivíduo melhores condições de reabilitação à sociedade.

Ao conceituar pena, Nucci (2009, p.56) expõe:

Trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes.

Portanto, de acordo com Nucci (2009, p.56-57), o caráter retributivo vem expresso em lei, conforme diz o art. 59 do Código Penal, e também o que expõe o art. 121, § 5º, do mesmo diploma legal, onde o Juiz pode conceder o perdão judicial quando as conseqüências do crime atingirem o próprio agente de forma grave. Já o caráter preventivo se desdobra em dois aspectos, o *geral*, que conseqüentemente é subdividido em dois, qual seja, o preventivo positivo que serve para mostrar para a sociedade a força do Direito Penal, e o preventivo negativo que prevê o poder de intimidar do Estado, representando um alerta para a sociedade; o *especial*, que também se subdivide em dois, ou seja, preventivo positivo se trata do caráter reeducativo e ressocializador da pena (arts. 10, caput, e 22 da LEP), e o preventivo negativo, que se trata da garantia do autor de uma infração ficar segregado, tempo este em que não poderá tornar a delinqüir.

Assim, a pena é o meio de punição ao delinqüente que fora condenado, onde algumas características devem ser observadas, como por exemplo, sua finalidade ressocializadora, ou seja, o principal objetivo idealizado pela pena é justamente fazer com que o indivíduo através da mesma consiga alcançar preceitos ressocializadores para poder voltar ao convívio social. Outro ponto é o controle da criminalidade, ou seja, a pena não visa somente reeducar o apenado,

mas também controlar a criminalidade, sendo assim, enquanto o indivíduo estiver preso não poderá cometer delitos.

Portanto, a pena deve ser vista com quatro finalidades essenciais, sendo elas a finalidade retributiva, preventiva, reeducação social e humanização dos direitos da pessoa do delinqüente. Essas são as principais características da pena, porém, quanto à sua aplicação na prática real brasileira, um capítulo mais adiante ficará responsável de abordar.

## **2.2 Princípios Constitucionais Penais.**

### **2.2.1 Princípio da Legalidade.**

A maior garantia derivada da adoção do princípio do Estado de Direito, é a legalidade dos delitos e das penas, como afirma Gomes (2003, p.31):

(...). Ela tem por principal finalidade impedir que a condenação penal seja utilizada na contingência de uma luta política, e segundo as circunstâncias, como instrumento de humilhação do adversário; (...)

Sendo assim, Gomes (2003, p.31-32), há uma exigência de caráter político, a qual seja a vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário a leis formuladas pelo Poder Legislativo, pois é esse poder que emana da vontade do povo, e como a idéia de sanção penal interfere duramente na liberdade do cidadão, somente um poder como este que representa diretamente o povo é que pode dirimir os pressupostos para que ocorra a privação da liberdade de um cidadão, certo também é que, o princípio da democracia baseado na separação dos poderes não é violado. O princípio da legalidade encontra-se vinculado à idéia de prevenção geral, onde a atuação penal por parte do Estado seja o último objetivo. Para ela, o cidadão deve saber quais atos são tidos como crime, isso serve para evitar que alguém seja responsabilizado por algo de qual não fora informado, pois no direito penal vigora o princípio da culpabilidade, e, portanto, a imposição da pena pressupõe culpa do infrator que deve estar devidamente informado sobre tal proibição.

O devido princípio é consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, conforme Mecum (2008, p.9):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XXXIX** – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

A própria Constituição deixa clara a idéia sintetizada por Gomes (2003, p.32), e ainda, como se não bastasse o Código Penal inaugura a sua parte geral reforçando o respeito a tal princípio.

Através do princípio constitucional e penal da legalidade, outras garantias são derivadas, como por exemplo, da reserva legal, da taxatividade e irretroatividade da lei penal.

Entende-se como *reserva legal*, segundo ensinamento de Capez (2000, p.31) o limite do poder punitivo do Estado vinculado à lei, pois somente aqueles fatos definidos em lei como crimes (ou contravenções) é que podem ser objetos da repressão do poder punitivo, portanto, ninguém poderá ser processado e nem condenado sem que antes não exista cominação na lei, o mesmo entendimento serve para aplicação da pena, ou seja, esta também deve estar definida em lei.

Já a garantia da *taxatividade* penal, conforme Capez (2000, p.33-35), serve para impedir a arbitrariedade do *ius puniendi* estatal, mais precisamente o poder Legislativo que é quem dita as leis, pois de acordo com essa garantia, não podem existir leis e penas indeterminadas ou imprecisas porque estas não são suficientes para a proteção do cidadão. Assim, sendo, as normas penais devem ser dotadas com o máximo de clareza e a maior determinação possível para evitar entendimentos diferentes sobre um mesmo tipo penal.

E por fim, a garantia da *irretroatividade* ou *anterioridade* da lei penal, conforme explica Nascimento (2009, p.31), que nada mais é que, a vinculação das disposições penais no tempo, onde só pode ser considerado ilícito aquilo que a lei proibia anteriormente ao fato. E segundo o Estado de Direito, fica vedado ao legislador implantar leis *ad hoc* – feitas de acordo com o caso em concreto – ou introduzir *a posteriori* novas previsões da pena de acordo com um fato

especialmente escandaloso para acalmar as excitações indesejáveis da população. Essa garantia atinge tanto o crime como a medida de segurança.

### **2.2.2 Princípio da Culpabilidade.**

É por tal princípio que a responsabilidade subjetiva deve ser levada em conta, esse entendimento fora consagrado em muitas Constituições contemporâneas, porém, nem sempre foi assim, pois de acordo com evolução da espécie humana é que foram aparecendo os primeiros resquícios da culpabilidade.

De acordo com Luisi (2003, p.33-34), algumas leis, como a da XII Tábuas, já apareciam o evento doloso como exigência de alguns delitos, como era no caso dos crimes de magia, infidelidade do patrono, injúria e outros. O direito germânico que tão importante era a responsabilidade objetiva do ofensor, somente começou a dar provimentos no sentido da responsabilidade subjetiva em fins da idade média. Em Roma, havia a distinção do *dollus bonus* ao *dollus malus*, onde um era tido como meio de defesa, como por exemplo, enganar um ladrão ou defender-se de um inimigo, já o outro era tido como meio exclusivo de prejudicar, seja por enganação ou algo similar. O erro de fato também aparece no direito romano, citando como exemplo: “Não comete delito de adultério a mulher que crendo o marido morto, convola novas núpcias, desde que o seja desculpável”. E, ainda: “não responde por furto quem como herdeiro se apropria de coisa de alguém considerado morto”. A figura da imputabilidade também fora mencionada no direito romano, porém, sempre no sentido de não escusar totalmente o impúbere, e sim, dar uma punição de forma mais atenuada. O direito canônico e o direito comum já na idade média, mantinham a exigência do dolo e a idéia da culpa, como imprudência e negligência.

Seguindo o ensinamento de Messa (2009, p.48):

A culpabilidade é o fundamento da pena. Não há pena sem culpabilidade. Não há responsabilidade objetiva pela simples produção do resultado. A responsabilidade penal é subjetiva. Não há responsabilidade penal se não agiu com dolo ou culpa. A pena só pode ser imposta para quem agiu com dolo ou culpa.

Sendo assim, não se pode punir de forma objetiva em sede de Direito Penal, para que o *ius puniendi* do Estado seja efetivo, é necessário uma conduta praticada com dolo ou culpa de seu agente, não existindo qualquer forma de punição penal se não houver dolo ou culpa do autor de um resultado, por isso pode-se alegar que não há pena sem culpabilidade.

O abordado princípio da culpabilidade esta previsto em nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, de acordo com Mecum (2008, p.10):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**LVII** – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Além dessa previsão constitucional deixando clara a importância da culpabilidade em nosso direito, como denota Luisi (2003, p.37), o princípio da culpabilidade também fica demonstrado no inciso XLVI onde consagra a individualização da pena – que será definida mais adiante –, isto porque, em seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, o elemento da culpabilidade tem base fundamental.

### **2.2.3 Princípio da Intervenção Mínima.**

Também chamado de princípio da necessidade ou ainda denominado por outros como princípio da subsidiariedade, mostra a idéia de que somente poderá a sanção penal ser considerada legítima, quando esta, por sua vez, se fazer necessariamente indispensável. Ou seja, se outras formas de sanção se revelar suficientes para a tutela desse bem, a sanção penal será incorreta, sempre levando em conta que em nosso ordenamento jurídico dá total importância à dignidade da pessoa humana, sendo esta tratada como direito fundamental.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi quem originou este princípio, logo em seu artigo 8º, determinava que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

Segundo Messa (2009, p.46):

O Estado não pune o infrator, se for possível aplicar medidas extrapenais de punição e controle social; o poder punitivo estatal só será usado quando necessário, ou seja, quando a pena for único e último recurso para proteção do bem jurídico (*ultima ratio*). O Estado só pune quando for necessário para a sobrevivência da sociedade e quando os outros ramos do direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (...).

Assim, o princípio em análise mostra que o direito penal somente deve ser aplicado em último caso, quando não for possível a proteção do bem jurídico por outros ramos do direito, mostrando, desta forma, a sua natureza subsidiária. Outro ponto marcante é que além de ser subsidiário, o direito penal, ao ser aplicado deve deixar clara a sua necessidade na aplicação da norma penal sempre respeitando outro princípio – que será estudado mais adiante –, o da proporcionalidade.

Nasce desse princípio a idéia de fragmentariedade – princípio da fragmentariedade –, assim explica Bitencourt (2010, p.45):

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Assim, o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas praticadas contra os bens jurídicos, justificando somente a sua aplicação àquelas condutas consideradas mais graves e perigosas praticadas contra bens jurídicos mais relevantes, por isso advém o termo caráter fragmentário.

#### **2.2.4 Princípio da Humanidade**

Surgiu através de idéias do iluminismo, que dominou o século XVII e XVIII, onde passou a reconhecer o condenado como pessoa humana, e, portanto,

este também tinha certos direitos a ser respeitado, como mostra Luisi (2003, p.46-47):

A consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogam a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado *como se tivesse origem em um contrato*, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.

O princípio da humanidade surge ao longo do tempo, quando passa a vigorar a idéia de que existem certos direitos que são parte da condição humana, é quando surge o chamado direitos humanos, e através dessa premissa o Estado estaria limitado a respeitar tais princípios tanto na aplicação de sanções, como na criação de leis, não se justificando mais penas degradantes, e ao contrário, deveria mostrar ainda a estrita necessidade da aplicação da sanção penal.

Nesse mesmo sentido, Bitencourt indaga (2010, p.47):

O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a condição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição da tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são colorários do princípio da humanidade.

Assim sendo, o princípio da humanidade, devido ao limitador do Estado de respeitar a dignidade humana, onde o mesmo fica restrito a aplicar seu poder punitivo de forma que não lesione a dignidade da pessoa humana, em outras palavras, que não atinja a condição físico-psíquica do condenado, por isso não se justifica mais, adotar penas cruéis e infamantes, e o Estado também passa a ser o responsável a impedir que ocorram degradações na infra-estrutura carcerária, para evitar uma possível dessocialização, ao invés de ressocialização que é uma das principais finalidades da pena.

Sobre o princípio da humanidade, Gomes (2000, p.70), aborda:

A base internacional do princípio reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. V [“Ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”], no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, art. 10.1 [“Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana”], e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 5º, 2 [“Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”]. No plano interno, abundantes são os dispositivos constitucionais que servem de apoio para a construção do referido princípio: art. 5º, inc. III, inc. XLVII, art. 1º, inc. III etc.

Após a criação desse Estado preconizado pelas idéias do iluminismo, os direitos humanos começam a fazer parte de Constituições, como a da Filadélfia de 1787 e em todas do século XIX, sendo aplicado até hoje, nas Constituições vigentes. Ponto importante e que deve ser destacado, foi a decretação desse princípio em importantíssimos documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e na Convenção americana sobre direitos humanos, sendo essas duas convenções a base internacional de tal princípio de acordo com Gomes (2000, p.70), onde ambas preconizavam que não deveria ter emprego de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante à ninguém. A Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos de 1966, também consagrou tal princípio, dando ênfase a dignidade da pessoa humana, onde até mesmo a pessoa condenada com pena privativa de liberdade deve ser tratada de maneira digna.

A atual Constituição Federal de 1988, de diversas formas trouxe expressamente o princípio da humanidade, no artigo 5º, incisos, XLIX, L e, a mais importante aplicada no inciso XLVII, conforme Mecum (2008, p.9):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XLVII** – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

(...)

**XLIX** – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

**L** – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Veja que quanto a pena de morte, o ordenamento brasileiro seguiu o entendimento majoritário das legislações contemporâneas, desta forma, a pena de morte esta expressamente vedada de acordo com a nossa Magna Carta, porém, abre-se exceção, nos casos e guerra declarada.

### **2.2.5 Princípio da Pessoalidade**

Também é conhecido como princípio da personalidade ou responsabilidade pessoal. Através desse princípio, parte a informação de que somente o sentenciado pode ser atingido pela pena que for aplicada resultante de um delito, não podendo ser estendida a terceiros, parentes ou que possuem algum laço afetivo.

Como mostra Greco (2008, p.79):

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa –, somente o condenado é que deverá cumpri-la.

Portanto, de acordo com Greco (2008, p.79-81), a pena tem uma característica importante, qual seja a de punir o autor do delito, não podendo ser substituída por terceiros. Não se pode confundir a pena com outros ramos do direito que permitem uma reparação econômica do dano causado, como ocorre muito em sede de Direito Civil através da responsabilidade objetiva, onde o pai, em regra, é responsável pelos atos do filho menor, fazendo com que quem arque com os prejuízos causados pelo filho seja o pai. Em direito penal, não há que se falar nesta eventualidade, pois, até mesmo para os menores infratores possuem ordenamento e lugares específicos para que estes cumpram a sua forma de punição como resposta a um delito, é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Fundações Casas, antigas Febéns. E nem mesmo no caso de inimputabilidade (loucos / esquizofrênicos), onde também deverá passar por um tratamento como forma de punição, não podendo outra pessoa em seu lugar, cumprir a pena em estabelecimento adequado.

Este princípio sempre foi pacífico na doutrina e esteve presente em todas as nossas Constituições, atualmente esta abordado no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, como mostra Mecom (2008,p.9):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XLV** – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

O presente inciso deixa clara a vedação da transferência da pena a outra pessoa, que não seja o próprio condenado. Abre-se, porém exceção na obrigação de reparar o dano, onde esta pode ser estendida e executada contra os sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido.

## 2.2.6 Princípio da Individualização

O devido princípio teve previsão constitucional nas Constituições brasileiras de 1946 e de 1967, e, posteriormente, na Emenda Constitucional n.º1, de 1969. Porém, só foi abordado de maneira mais extensiva na atual Constituição Federal de 1988, com redação no artigo 5º, inciso XLVI, de acordo com Mecom (2008, p.9):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XLVI** – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

No Brasil, este instituto passou a ser tratado como princípio de direito penal constitucional com finalidade de garantir a liberdade individual e limitar o poder punitivo do Estado, como leciona Souza (2006, p.24):

Os princípios de Direito Penal Constitucional e sua relação com o Estado de Direito e Estado Social apresentam conteúdo típico propriamente penalógico (legalidade, personalidade, individualização da responsabilidade, humanidade da pena etc.), destacando os aspectos principais de determinado sistema penal, assumindo características substancialmente constitucional-penais, porquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo.

Para melhor entender este princípio, explica Souza (2006, p.24-25), que deve-se entender um processo de “etapas ou fases” da individualização da pena, que é um tema divergente entre os constitucionalistas, pois há quem defende que a atividade individualizadora opera em três níveis diferentes, ou seja, “legislativa, judicial, e executiva, administrativa ou penitenciária”; e há quem defende uma concepção dualista, ou seja, somente a judicial e a executória, onde para estes defensores, o princípio da individualização somente se inicia com a atividade do juiz ao adaptar a pena às realidades subjetivas do réu, e não ao cominar penas para crimes diversos.

O posicionamento que aparenta seguir melhor essa definição é o de que exista uma atividade trifásica de individualização, assim, Souza (2006, p.29):

Consequentemente, o termo “*individualização da pena*”, empregado pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI), não se satisfaz com uma interpretação estrita; ao contrário, comporta a idéia de individualização ampla, interpretada como atividade que se desdobra em três momentos sucessivos, porém, integrados, que conjuntamente materializam o verdadeiro conteúdo do princípio de individualização, requerendo prudência redobrada dos órgãos encarregados da sua instrumentalização prática, visando a permitir maior eficácia do princípio como instrumento de garantia da liberdade individual, atendendo à filosofia do Estado Democrático que buscou inspiração no ideal do Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988).

Dessa forma, embora a atividade individualizadora se desdobre em momentos sucessivos, serão, porém, integrados conjuntamente para materializar o verdadeiro princípio da individualização, para que este passe a ter eficácia como garantia da liberdade individual de acordo com o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade humana. Tal princípio possui função bem determinada de individualização da pena nas atividades legislativa e judicial, porém, exaure-se na

atividade executiva ao garantir ao condenado uma gradual ressocialização com dignidade. É por isso, que as regras da Lei de Execução Penal, principalmente, no tratamento penitenciário, possui referência no princípio da individualização.

Dito isso, passamos agora a estudar as “etapas ou fases” da individualização da pena levando em consideração o entendimento de Luisi (2003, p.52-56).

*Primeira etapa.* É a etapa legislativa, onde através da lei o legislador fixa para cada tipo penal uma ou mais penas, ou seja, levando-se sempre em conta a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa, o legislador impõe penas proporcionais, onde muitas vezes podem ser mais de uma pena, como no caso de uma prisão penal e ao mesmo tempo a aplicação de uma multa. Assim, as espécies de pena, como ocorrem com as penas alternativas, onde viabilizam a substituição da pena mais grave por outras mais atenuadas, também decorrem dessa primeira fase.

*Segunda etapa.* Trata-se da individualização judiciária, onde o juiz tendo em mãos as previsões da lei penal fixará qual das penas é aplicável ao caso em concreto, podendo substituir por penas alternativas, aplicar o mínimo ou o máximo da pena legal previsto para aquele crime, e ainda, determinar a forma de execução da pena. Pode-se dizer também que, mesmo que as regras ensejam da lei, o juiz possui também uma discricionariedade para fixá-las, como mostra o artigo 59 do Código Penal que abre o capítulo III – Da aplicação da pena, conforme Mecum (2008, p.553):

**Art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Quanto a essa discricionariedade do juiz, há divergência na doutrina havendo entendimentos contrários. Uns defendem que o elenco do artigo 59 do Código Penal é exemplificativo, outros por sua vez, entendem que o elenco é taxativo, e ainda, outros que argumentam que Juízes usam abusivamente essa

discricionariedade, defendendo o caráter irracional e criativo do Juiz na aplicação da pena.

O fato é que há uma discricionariedade, mas esta é juridicamente vinculada, ou seja, o Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece, e dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções desde que atendidas as exigências objetivas e a pessoa na qual a sanção é destinada.

*Terceira etapa.* Surge quando a sanção penal, após ter sido aplicada pela atividade judiciária, começa a ser efetivamente executada, que é quando ela passa verdadeiramente a atuar sobre o delinqüente. Na doutrina, é comum a nomenclatura de individualização executória, administrativa ou, ainda, penitenciária.

Através do processo individualizador objetivo, onde a graduação da pena se faz de acordo com a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa, é que entra o princípio da proporcionalidade, ao qual, eu passo a explicar.

### **2.2.7 Princípio da Proporcionalidade**

A idéia de proporcionalidade no estabelecimento das penas, não é recente, como mostra Gomes (2003, p.41-51). A lei de talião, que ficou mais conhecida como “olho por olho, dente por dente”, foi a primeira a estabelecer a proporcionalidade na imposição da pena, que era a resposta ao autor do delito do mal que ele causou. Se por exemplo, alguém praticava o homicídio, a ele seria imposta à pena de morte. Essa proporcionalidade, também adquiria um valor simbólico, ou seja, entre o fato e a resposta punitiva ocorria uma proporção, assim, quem praticasse um furto, era punido com uma pena de mutilação do braço, ou da língua quando o crime era de ofensas contra a honra. Este entendimento estava presente também nos ordenamentos arcaicos, como o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas. O princípio da proporcionalidade também passou pela origem iluminista no século XVIII. Por um lado Montesquieu, que contribuiu bastante na relação necessária de proporcionalidade entre crimes e penas através de sua obra *De l'esprit des lois*, fundou sua concepção da pena na retribuição e utilidade, defendendo penas fixas em lei para evitar o poder arbitrário do julgador. Por outro lado Beccaria, que também é referência histórica da proporcionalidade entre infração

e sanção penal, conforme Gomes (2003, p.47-49), através de sua obra *Dei delitti e delle pene*, onde defendia que o “direito de punir” do Estado, deveria estar limitado, e ainda enumera os princípios que deveriam nortear todas as legislações penais. Já no século XIX, o princípio da proporcionalidade é passado para o direito administrativo, mais especificamente o direito de polícia, que passa a ser limitado pelas normas que o reconhecem e pelos direitos individuais garantidos constitucionalmente. Assim, o princípio da proporcionalidade converte-se em regra geral administrativa.

No Brasil, atualmente na Constituição de 1988, o devido princípio estudado não se encontra expresso em relação ao direito penal, no entanto, doutrinas e jurisprudências constitucionais de alguns países têm abordado o seu funcionamento na Constituição. Diante do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal é que se pode reconhecer o vigor do princípio da proporcionalidade no Brasil, assim Mecum (2008, p.10):

**Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**§ 2.º** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Mais especificamente, na primeira parte do § 2º, é que podemos encontrar aprovação constitucional para o devido princípio da proporcionalidade. Através de outras disposições constitucionais também é possível de se falar em proporção no direito penal, onde podemos citar primeiramente o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal. Segundo o princípio do Estado de Direito, faz com que, a regra no direito penal seja a de que a pena ameaçada seja justa em relação à gravidade do delito e à culpabilidade do réu. Levando em consideração, que ao princípio do Estado de Direito foi acrescentado o elemento “Democrático”, como explica Greco (2008, p.77-78), que trouxe importantíssimos valores como a igualdade e a liberdade, o princípio do Estado Democrático de Direito, passou a não só assegurar o seu sentido formal, mas também o seu aspecto material, assim sendo, uma importante razão para fundamentar o princípio da proporcionalidade.

Devido à abrangência desse princípio, a doutrina adotou o que podemos chamar de subprincípios do princípio da proporcionalidade no direito penal, quais sejam, necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para melhor compreensão, Gomes explica (2003, p.78):

Com a finalidade de evitar os perigos do decisionismo arbitrário ínsito a juízos onde são postos em jogo diversos valores, a jurisprudência das Cortes Constitucionais alemã e austríaca se esforçou, juntamente com a doutrina, para individualizar um procedimento transparente, racional e controlável da valoração da conformidade de um tipo ao princípio da proporcionalidade; tal procedimento, então, desenvolveu-se em quatro fases: (1) num primeiro momento, determina-se se o escopo perseguido pela disposição legal consiste num interesse público, num escopo constitucionalmente legítimo e não arbitrário; a seguir (2), vê-se se o interventivo legislativo é idôneo para alcançar aquele escopo, isto é, o interesse público; posteriormente (3), avalia-se se o interventivo é necessário, ou seja, o meio, que incide sobre um direito fundamental, deve ser o mais brando possível para proteger de modo eficaz o bem jurídico, e por fim (4), há de ser examinado se entre o interesse público e a agressão ao direito fundamental há uma relação adequada, isto é, se o interventivo é proporcional em sentido estrito, ao escopo; para tanto, faz-se necessário um balanceamento entre os bens em jogo.

Assim sendo, em sede de direito penal, não devemos falar em quatro fases, mas sim três, pois toda a discussão na criação desse procedimento para individualizar o princípio da proporcionalidade, não levou em conta somente o direito penal, mas também o direito administrativo. Quanto ao direito penal, o princípio da proporcionalidade num primeiro momento, deve levar em conta se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais necessários para ser considerado como um ilícito penal. Isso quer dizer que não pode existir um outro meio capaz de proteção àquela ameaça que seja menos rigoroso quanto à liberdade individual, portanto a intervenção penal deve ser insubstituível, aí sim, é que podemos falar em necessidade.

Num segundo momento, para analisar se uma norma é proporcional ou não, o meio e o fim deve ser analisado, ou seja, essa norma tem que ser idônea, ou melhor dizendo, apta, para tornar eficaz o modo de proteção ao bem jurídico.

E por fim, entende Gomes (2003, p.81), após feita a valoração para ver se é caso de ilícito penal ou não, surge o efeito da ponderação, ou seja, deverá ser considerado a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito à sua gravidade, só assim, a relação entre a pena e o delito passará pelo juízo da proporcionalidade.

## 2.3 As Vedações Constitucionais da Pena

O poder punitivo estatal deve respeito à Constituição Federal, esta que, por sua vez, possui como princípio informador o Estado Democrático de Direito. Sendo assim, todos os atos normativos e administrativos que estão abaixo a Constituição devido à hierarquia da mesma, devem estar em comum acordo com os dizeres do texto constitucional.

O *ius puniendi*, ou poder punitivo do Estado, que é regulado pelo Direito Penal, rege-se pelos princípios consagrados pela Constituição atinentes às garantias constitucionais, isto porque, o direito à liberdade tem proteção em plano universal, portanto deve-se ao máximo evitar abusos quanto à liberdade.

Sendo assim, de acordo com Messa (2009, p.41), o poder punitivo estatal encontra seus limites na própria Constituição Federal, onde tem como base a moral, a ordem pública, e o bem-estar da sociedade democrática. Essas restrições ao direito de punir abordada pela Constituição são as chamadas restrições *direitas* ou *immediatas*.

Como mostra Messa (2009, p.41):

As limitações constitucionais ao poder punitivo estatal podem ser: a) criminais: impedem que o poder punitivo estatal viole os princípios e garantias constitucionais que decorrem do rol de direitos e garantias individuais consagrados na Constituição, referentes ao crime, que disciplinam descrição do fato típico; b) penais: impedem que o poder punitivo estatal viole os princípios e garantias constitucionais que decorrem do rol de direitos e garantias individuais consagrados na Constituição, referentes à sanção penal (disciplinam aspectos de limitação, aplicação e execução das penas).

Portanto, as limitações constitucionais ao poder punitivo estatal, se subdividem em duas, como fora mencionado, as criminais e as penais. Dentre as criminais o poder punitivo estatal não pode violar direitos e garantias individuais que estão consagrados na Constituição referentes ao crime, como por exemplo, o princípio da legalidade, onde não haverá pena sem previa cominação legal. Já as penais é o impedimento de violação dos direitos e garantias individuais abordados

na Constituição referente à sanção penal, como ocorre, por exemplo, na fase da execução da pena, com o princípio da pessoalidade e humanidade.

Outro fator importante é ao limite da pena, ou seja, a sua temporariedade, pois a própria Constituição Federal veda a possibilidade de prisão perpétua, e sobre este tema aborda o atual Código Penal em vigência, de acordo com Mecum (2008, p.554-555):

**Art. 75.** O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

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

§ 2.º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para este fim, o período de pena já cumprido.

De acordo com o artigo 75, caput, do Código Penal, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos, e as penas cujo cumprimento ultrapassem esse limite, devem ser unificadas, não é limitação quanto a fixação da pena, que pode ser superior à 30 anos, é limitação quanto ao seu cumprimento que não pode exceder esse limite. Condenações posteriores ao início do cumprimento da pena, deverá ser novamente feito um procedimento de unificação, desprezando o período de pena já cumprido. De acordo com a Súmula n.º 715 do STF, conforme VADE MECUM (2008, p.1688), essa pena unificada não é considerada para a concessão de outros benefícios, como livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Abordando sobre tal tema, Greco (2008, p.83):

A Constituição Federal, visando impedir qualquer tentativa de retrocesso quanto a cominação das penas levadas a efeito pelo legislador, preceitua no inciso XLVII de seu art. 5º:

*XLVII – não haverá penas:*

- a) *de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) *de caráter perpétuo;*
- c) *de trabalhos forçados;*
- d) *de banimento;*
- e) *cruéis.*

Portanto, conforme Greco (2008, p.83), tais proibições atendem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, presente em nosso ordenamento,

mais precisamente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que prevê a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, ficam expressamente vedadas em nosso país as penas de morte, salvo exceções, ou seja, em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo, por isso o Código Penal abordou o limite de trinta anos que fora explicado anteriormente; de trabalhos forçados, porém, este se limita àqueles humilhantes pelas condições como é executado, pois a própria LEP – Lei de Execuções Penais – , alega que o trabalho do preso é um dever, conforme art. 39, inciso V; de banimento, onde não é mais possível a expulsão do território; e por fim, penas cruéis.

### 3 CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

#### 3.1 Direito Penal Romano

De acordo com Prado (2000, p.35-37), na formação jurídica da Roma monárquica, o Direito que prevalecia era o consuetudinário, sendo rígido, formalista e solene. A figura do *pater familias*, se destacava nessa época quase que ilimitadamente, ele exercitava funções do direito de família e também decidia questões criminais, e quando ocorria a morte do patriarca, o grupo familiar denominado de *domus*, dividia-se de acordo com os *fili familias*, onde os descendentes formavam a *gens*. A Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.), foi o primeiro código romano escrito, que adotava a *lei de talião* e admitia a *composição*, limitando à *vingança privada*. Surge também a distinção dos ilícitos punidos pelo *jus publicum* (*crimina*) dos punidos pelo *jus civile* (*delicta*), ou seja, dos crimes públicos e privados. Entre os públicos estavam a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e também, o assassinato (*parricidium*), que davam lugar a uma persecução pública e acaba com uma pena pública (*poena publica*). Por outro lado, o furto (*furtum*) e a injúria (*iniuria*), por exemplo, eram tidos como privados onde constituía uma ofensa ao indivíduo, permitindo, nos primeiros tempos, uma reação

de cunho privado. O julgamento dos crimes públicos ficava a cargo do Estado, que era representado pelo magistrado com poder de *imperium*. Por outro lado, o julgamento dos crimes privados era conferido ao próprio particular ofendido, onde a figura do Estado só aparecia para regular o seu exercício, e as punições não passavam de fontes obrigacionais. Posteriormente, na época do Império (27 a.C. até 284 d.C.), surgiu o *crimina extraordinária*, uma nova espécie de delito que era punido com uma pena individualizada pelo arbítrio judicial, este que levava em conta a relevância do caso em concreto. No tocante a função da pena, as orientações retributivas e intimidativas se prevaleciam.

Como mostra Leal (1998, p.65):

Para os romanos, a pena criminal, passado o período primitivo, revestia-se de uma função retributiva, de exemplariedade e, também, de prevenção. Cabe também assinalar que o Direito Penal romano atingiu um grau técnico-jurídico de elaboração suficiente para distinguir o elemento subjetivo da infração (dolo ou culpa) do fato puramente material. Surgem daí as noções de crime doloso (intencional) e culposos (não intencional).

Os romanos passaram a reconhecer alguns institutos que estão em vigência até os dias de hoje, como por exemplo, o dolo, a culpa, surgindo daí a idéia de crimes dolosos e crimes culposos. Quanto à imputabilidade, embora não prevista, os magistrados da época, em alguns casos específicos, reconheciam que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade, portanto, os romanos construíram um sistema jurídico grandioso, porém, não sistematizaram doutrinariamente sobre princípios e conceitos, conforme explica Leal (1998, p.65).

Deve-se destacar algumas das principais características do Direito Penal Romano, como demonstra Bitencourt (2010, p.63):

a) afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – *animus* –, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de *astúcia* – *dolus malus* –, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho *dolus malus*, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre *crimina publica*, *delicta privata* e

a previsão dos *delicta extraordinaria*; h) a consideração do *concurso de pessoas*, diferenciando a autoria e a participação.

Portanto, conforme Bitencourt (2010, p.63-64), os romanos reconheceram vários institutos que ainda nos dias de hoje se encontram regulados em muitos códigos penais, entretanto, na época, os romanos não criaram uma Teoria Geral de Direito Penal, ou seja, eles reconheciam o nexos causal, o dolo, a culpa, a inimputabilidade, a menoridade, o concurso de pessoas, porém, eles eram trabalhados isoladamente, de forma casuística, porque não havia uma definição concreta em Teoria, assim, essas vertentes só eram aplicadas em casos concretos sem uma sistematização conclusa.

### 3.2 Direito Penal Germânico

Sobre a indagação de Mirabete (2005, p.37), o Direito Germânico primitivo era consuetudinário, pois não era composto por leis escritas, possuía característica de vingança privada, sendo sujeito à reação indiscriminada a à composição. Porém, mais tarde sob influência do direito romano e do cristianismo passou a aplicar o *talião*.

Conforme Bitencourt (2010, p.64-65), o que havia naquela época como direito era a *ordem de paz*, que caso houvesse alguma violação, dava-se o nome de *ruptura da paz*, que podia ser tanto pública como privada. Diante da *perda de paz* pública, ou seja, aqueles casos em que o crime é considerado público, como reação era autorizada a qualquer pessoa matar o agressor, por outro lado, quando se tratava de crime privado, a vítima e sua família tinham o direito de exercerem sua vingança contra o agressor, o que acabou representando uma verdadeira guerra familiar, que só foi extinta a partir da *Paz Territorial Eterna*, em 1495, quando o Direito Germânico passa para um direito pessoal e não mais admite guerras familiares. Essa vingança que a vítima e seus familiares tinham o direito de exercerem era chamada de *vingança de sangue*, e foi substituída gradativamente pela composição, que primeiramente era voluntária, mas depois passou a ser obrigatória. O seu processo de substituição começou com a instalação da Monarquia. As leis bárbaras adotavam uma espécie de composição tarifada, ou seja,

sempre era levada em conta a natureza da lesão, idade, sexo, qualidade das pessoas, para que se chegasse à definição da tarifa a ser paga pelo agressor, sendo detalhadamente as formas de pagamento e os meios. Esse sistema de composição peculiar acabou se tornando à base do ordenamento punitivo, podendo destacar como principais leis as seguintes: *Lex Salica* (séc.VI); *Lex Rupiaria* (séc.VI); *Pactus* (séc.VII).

Como mostra Leal (1998, p.66), sobre a composição:

Surgiram, assim, três tipos de penas baseadas na composição: *Wehrgeld*, que consistia no pagamento de uma indenização, mas principalmente na submissão do infrator, obrigado a dar seu trabalho em favor da vítima ou de seu grupo; *Busse*, uma verdadeira pena de multa, paga ao ofendido, para se livrar da vingança privada, e *Friedensgeld* ou *Fredum*, consistente no pagamento ao soberano de uma soma em dinheiro pela violação da paz.

Assim, fica demonstrado que a composição no Direito Germânico tinha três vertentes, ou seja, ao mesmo tempo em que servia de ressarcimento à vítima ou a seus familiares, ou ainda quando este ficava submisso a dar o seu trabalho à vítima, servia também de pena, pois parte dessa composição era endereçada ao soberano como *preço da paz*.

De acordo com Prado (2000, p.40), essa composição após um processo de mutação, deu origem à multa, que assim, como ocorre hoje em dia, passou a ser tratada como pena em nossa lei penal e como reparação dos danos civis, em sede de direito privado.

Outro ponto importante nesse período era o elemento objetivo do crime, assim, mostra Ferri (1998, p.39):

No direito germânico, especialmente arcaico (o qual foi lucidamente descrito na *Germânia* de Tácito), o elemento objetivo, o *dano* produzido pelo crime, tem sempre um valor predominante, diferindo do direito romano que dá relevo ao elemento intencional. Isto não impede, porém, que no mesmo direito germânico, logo de começo, se distinguissem os crimes *desonrantes* e *não desonrantes*, segundo eram cometidos com maior ou menor malvadez (...).

Sendo assim, um fator importante desse Direito, foi o reconhecimento da responsabilidade objetiva, onde não importava o dolo e a culpa como era previsto no direito romano, mas tão somente o resultado causado. Porém, era permitido

separar os crimes desonrantes dos não desonrantes, levando em conta o grau de malvadez, conforme fora citado.

### 3.3 Direito Penal Canônico

De acordo com Prado (2000, p.41-43), esse Direito surgiu graças a influência do Cristianismo no Direito Penal, que impôs a repressão de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica. O Direito Canônico – ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana –, primitivamente, teve caráter disciplinar, porém, posteriormente com o enfraquecimento do Estado e a forte influência que Igreja passou a representar fatos de conotação religiosa alcançando não somente os religiosos, mas também os leigos. A jurisdição eclesiástica divide em *ratione personae* – em razão da pessoa –, o religioso, independentemente do crime praticado, era sempre julgado por um tribunal da Igreja, e *ratione materiae* – em razão da matéria –, que fixava a competência eclesiástica, ainda quando o crime era praticado por um leigo. Quanto aos delitos, havia três classificações: a) *delicta ecclesiastica* – que eram aqueles crimes que ofendiam o direito divino, aplicando a esses casos a competência dos tribunais eclesiásticos, onde a punição era com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* – crimes que ofendiam somente a ordem jurídica laica, que eram punidos com sanções comuns e a competência para julgá-los eram dos tribunais do Estado, excepcionalmente sofriam punição eclesiástica de *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* – ocorria quando as duas ordens eram violadas, ou seja, tanto a religiosa como a laica, cabendo julgar o tribunal que primeiro tivesse conhecimento, quando se tratava de um tribunal da Igreja, a punição era *poene vindicativae*.

Para Leal (1998, p.67): a religião contribuiu para as questões temporais, como, por exemplo, a justiça criminal, “*o delito assume caráter moral e religioso: é uma obrigação que se contrai não só com os homens, mas com Deus*”. As questões referentes à preocupação com a recuperação do criminoso também surgem desse direito, podendo se destacar alguns princípios que orientam a prisão moderna, como fraternidade, redenção e a caridade da Igreja, que buscavam acima de tudo, corrigir e reabilitar o delinqüente.

Seguindo o ensinamento de Prado (2000, p.43):

Dentre as inúmeras características do Direito Penal canônico, podem-se elencar as seguintes: a) contribuiu para a humanização das penas e para fortalecer o caráter público do Direito Penal. (...); b) afirmou o princípio da igualdade de todos os homens perante Deus; c) acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e a culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa; d) valorizou e mitigou a pena pública; e) inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular.

Como fora mencionado, o Direito canônico muita importância teve na história, pois ele contribuiu para questões pertinentes, como a humanização das penas e o caráter público do Direito Penal, estabeleceu a igualdade entre os homens, distinguiu o dolo da culpa, dentre outras. Foi também desse direito que partiu a inspiração da penitenciária devido as internações em monastério que ocorriam naquele tempo.

### **3.4 Direito Penal Comum**

Como mostra Bitencourt (2010, p.66-68), este período teve forte influência dos glosadores e pós-glosadores, surgindo importantes diplomas legais, como a *Constitutio Moguntina*, de Frederico II (1235), e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), de Carlos V, onde se destacava o fortalecimento do poder político entre os povos germânicos, atribuindo definitivamente o poder punitivo ao Estado. Há nesse período, um absolutismo do poder público, onde toda a preocupação gira em torno da defesa do príncipe e da religião, ocorrendo arbítrio judicial, desigualdade de punição entre os nobres e os plebeus. Seu sistema era repressivo, injusto e cruel, pois a pena capital era aplicada e executada por meios brutais, como por exemplo, a forca, a fogueira, a estrangulação, a mutilação de membros, as torturas etc., os meios mais engenhosos de fazer sofrer e prolongar o sofrimento. O primeiro passo para acabar com essa barbárie, sendo o marco de extinção da desumanidade do Direito Penal, foi o movimento que acabou resultando na Revolução Francesa. Por esta, se pretendia reformar o Direito comum, buscando este ser acessível a todos indistintamente, harmonizando antes de mais nada os

diferentes Estados, evitando fronteiras entre as nações. Essa busca pela reforma, hoje, pode receber uma denominação mais precisa, qual seja, *Direito Comunitário*, neste sentido Bitencourt (2010, p.68) explica:

Direito comunitário não é uma invenção de laboratório, que não foi consumada. Ao contrário, é uma resposta vital a necessidades que souberam antever alguns juristas ao vislumbrar os princípios gerais deste ordenamento jurídico, já praticado na Comunidade Comum Européia e sob perspectiva nas Américas.

O importante é que este Direito consiga respeitar às exigências da Europa e de uma grande parte do continente americano, o que deve resultar em deixar de lado qualquer questão econômica, mercantilista, tecnológica, e sempre prevalecer os valores humanos que são capazes de unir vontades através de seus ideais verdadeiros.

### **3.5 Período Humanitário – Os reformadores**

De acordo com Prado (2000, p.46), com idéias opostas e com intuito de reformar as legislações penais contra os excessos derivados da fase anterior, onde se empregava penas corporais e penas capitais de diversas maneiras desumanas e cruéis, surge uma reação humanitária decorrente do Iluminismo, aonde esta vem a ser uma atitude cultural e espiritual da sociedade, cujo objetivo é o uso da razão para dirigir o progresso da vida, levando em conta todos os seus aspectos.

Mais precisamente na segunda metade do século XVIII, como denota Leal (1998, p.68), é quando se consolida a corrente de pensamento contrária à crueldade que era cometida em nome do Direito Penal absolutista. Começa a ser derrubada as velhas concepções arbitrarias, e a preocupação maior passa a ser com a censura da legislação penal e o engrandecimento dos princípios da dignidade do homem, onde sempre devem prevalecer as liberdades do indivíduo. Eis que surgem as chamadas correntes iluministas e humanitárias, que tinham como principais representantes, consagrados hoje em dia pela filosofia penal, os filósofos franceses Voltarie, Montesquieu e Rousseau. Para estes, as penas deveriam ser proporcionais

ao crime de acordo com o grau de malícia do delinqüente, não podendo ser cruéis para o corpo do mesmo e sim eficaz perante o espírito dos homens.

Sobre o movimento definido como *Iluminismo* que buscava a reforma do sistema punitivo, indaga Bitencourt (2010, pg.69):

Esse movimento de idéias, definido como *Iluminismo*, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. O Iluminismo, aliás, foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano. O Iluminismo representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos. Em outros termos, esse movimento, também conhecido como era a Ilustração, é resultado da concorrência de duas correntes distintas.

Assim, de acordo o mencionado autor, tal movimento que se consagrou na Revolução Francesa, que representou uma mudança nas áreas do conhecimento humano, sob forte apoio da sociedade da época, além dos mencionados filósofos franceses entre outros, que defendia veemente a liberdade, igualdade e justiça na perspectiva político-criminal, surgiram em detrimento a este movimento, Beccaria, Howard e Bentham – outros nomes consagrados –, seguidos por Montesinos, Ladirzábal e Concepción Arenal.

### **3.5.1 Cesare de Beccaria**

Conforme Noronha (2001, p.24-26), o filósofo Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, discípulo de Montesquieu e Rosseau, escreveu seu famoso livro *Dei Delitti e delle Pene* – Dos delitos e das Penas –, em 1764, que tanta repercussão iria causar. Sustentava em sua obra reformas quanto a aplicação da pena, impugnava a interpretação da lei pelo magistrado, defendendo que as leis deviam ser escritas em linguagem vulgar, de fácil compreensão, onde a pena deveria ser moderada e proporcional. Defendia a prisão perpétua em substituição da pena capital, impugnava também as penas infamantes. Trata da prevenção do crime, ou seja, é melhor prevenir do que castigar. Beccaria não foi quem deu primeiramente origem a muitas das reformas sugeridas por ele em sua obra, porém,

foi quem conseguiu elaborar uma teoria clara e lógica com tais argumentos, incorporando importantes aspectos penológicos. Esse sistema criminal construído por ele substituirá o desumano, impreciso e o abusivo sistema criminal aplicado anteriormente. Suas opiniões eram desejadas pela sociedade, eram convincentes e surgiu exatamente na hora que tinha que surgir, pois a Europa estava preparada mais do que nunca para receber a mensagem de seu livro.

A teoria do *contrato social* mencionado por Beccaria trazia que “os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade”. Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena, que adveio da teoria clássica do Contrato Social (o utilitarismo), esta por sua vez, tinha três fundamentos como mostra Bitencourt (2010, p.71):

Pode-se considerar que a teoria clássica do Contrato Social (o utilitarismo) fundamenta-se em três pressupostos fundamentais: 1) Postula um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade da atual distribuição de bens. 2) Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade – produto de um *contrato social* – é essencialmente patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos. 3) Os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato. Tais critérios iriam definir-se através do conceito de utilidade.

Como fora demonstrado, esta teoria clássica que pode também ser chamada de utilitarismo, pressupõe a igualdade absoluta entre todos os homens, por este motivo nunca se questionava relações que podia refletir na estrutura jurídica, como por exemplo, a imposição da pena ou os alcances do livre-arbítrio. Tinha como base três pressupostos fundamentais, o primeiro postulava um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade das distribuições de bens; o segundo era que todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade é essencialmente irracional, estas pessoas, por sua vez, não podem celebrar contratos; e por fim, o terceiro era que os teóricos do contrato social tinham conhecimento adequado para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato, para este critério era utilizado o conceito de utilidade. Mostrava total preocupação com objetivo preventivo geral, ou seja, Beccaria achava melhor prevenir o delito, ao invés de castigá-lo através do terror das penas desumanas, isso resultaria em eficácia e certeza da punição. Defendia também, a proporcionalidade e

a humanização da pena, rejeitando de uma maneira por todas, a vingança como fundamento do *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado. Não excluía o caráter punitivo e sancionador da prisão, mas já abordava uma idéia reformadora da pena privativa de liberdade, assim, os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena tem como antecedente a obra de Beccaria.

### 3.5.2 John Howard

Como Farias Júnior (1996, p.289-290), John Howard, em 1776, lançou o seu livro *The State of Prisons in England and Wales With Preliminary Observations and na Account of Some Foreign Prisons and Hospitals* (O Estado das Prisões na Inglaterra e País de Gales com Observações Preliminares e Relato Sobre Algumas Prisões e Hospitais Estrangeiros), onde o conteúdo era sérias críticas ao estado lamentar das prisões daquela época, que eram subterrâneas, imundas, insalubres, mefíticas etc, Howard discordava dessas condições

De acordo com Ferri (1998, p.51), promoveu um movimento de reformas dos estabelecimentos penais, ato que se consagrou na Escola Clássica Penitenciária, sustentava a obrigação do trabalho e da instrução religiosa, previa o isolamento celular diurno e noturno.

Para Miotto (1992, p.29), John Howard passou a se dedicar nas reformas e melhoramentos das prisões, tanto quanto as edificações, quanto ao tratamento dos presos. Para ele a pena dependia de outros fatores, tal como higiene, disciplina, economia, assistência religiosa. Veja que quando Howard aponta o fator economia, é justamente uma economia na qual o Estado irá ter, pois ele defendia o trabalho entre os reclusos.

Segundo Bitencourt (2010, p.72):

Howard propunha incipientes princípios de classificação, considerando três classes de pessoas submetidas a encarceramento: a) os *processados*, que deveriam ter um regime especial, já que a prisão só servia como meio assecuratório e não como castigo; b) os *condenados*, que seriam sancionados de acordo com a sentença condenatória imposta; e c) os *devedores*. Embora propusesse uma classificação elementar, não há a menor dúvida de que tem o mérito de sugerir uma ordem que, apesar de pouco elaborada, continua sendo uma necessidade iniludível em qualquer

regime penitenciário contemporâneo. Insistiu na necessidade de que as mulheres fossem separadas dos homens e os criminosos jovens, dos delinqüentes maduros.

De acordo com que fora mencionado acima, Howard buscou classificar as pessoas que seriam submetidas ao encarceramento, assim, ele utilizou-se de três classificações, uma era quanto aos processados onde a prisão servia como um meio assecuratório e não como castigo; a segunda dava ênfase aos condenados que deveriam cumprir pena de acordo com sua condenação em sentença; e por fim, a terceira que era para os devedores. Também argumentava que mulheres deveriam cumprir qualquer tipo de pena separadas dos homens, além de defender que jovens criminosos não ficassem juntos dos demais delinqüentes considerados maduros ou experientes. Mesmo se tratando de uma classificação elementar, não há dúvidas de que deve existir em qualquer regime penitenciário contemporâneo uma ordem de agrupamento. A fiscalização por magistrados da vida carcerária foi trazida a tona pela primeira vez com Howard, assim, em todas as cidades, em cada condado, era preciso um inspetor para cuidar da ordem das prisões, dessa justificativa encontra-se as linhas fundamentas do *Juiz das Execuções criminais*. Não obstante somente aos cuidados do carcereiro, este por sua vez, deveria ser fiscalizado pelos magistrados, é uma maneira de evitar abusos e tratamentos desumanos no meio carcerário por carcereiros.

Diante de tais preocupações, Howard é considerado o percussor do penitenciarismo e sua obra marca o início da luta para conseguir alcançar no meio prisional a humanização das prisões e a reforma do delinqüente.

### **3.5.3 Jeremias Bentham**

Conforme Miotto (1992, p.30), Jeremias Bentham foi um grande propulsor de reformas, onde sempre estas deveriam atender o principio da utilidade. Foi ele quem propôs o modelo arquitetônico “panótico”, se preocupando com a edificação da prisão a qual deveria seguir um modelo, como por exemplo, em sua arquitetura ele se preocupava desde o chão até os espaços para ventilação. Defendia certos tratamentos aos presos, como roupa adequada, boa alimentação,

enfermarias e assistência médica. Quanto ao seu projeto arquitetônico para o sistema prisional, indaga Miotto (1992, p.31):

Tratava-se de um edifício de planta circular com seis pavimentos, com as celas encostadas às paredes exteriores e o interior inteiramente vasado de forma a permitir que, um único guarda, colocado no centro do edifício e a uma altura determinada, evitasse não só qualquer evasão através das portas das celas mas vigiasse também com facilidade todo o interior do edifício. (...) Bentham deu a seu trabalho o nome de *Panopticon*.

Resumidamente ao item referido, Bentham buscando maior segurança ao controle penitenciário propugnou um plano onde através deste o edifício penitenciário deveria se submeter a dois, de forma que um se encaixe ao outro, as celas deveriam ficar à vista, para isso possuíam uma grade de ferro voltada para a parte interna e não uma parede fechada. No centro do edifício se encontra a torre – lugar dos inspetores –, esta que permite ao inspetor ver tudo o que ocorre dentro das celas sem ser visto pelos presos, pois a mesma é coberta por uma gelosia transparente, funcionando como uma colméia o edifício, porque pequenas cavidades podem ser vista de um ponto central.

Na prática, conforme explica Bitencourt (2010, p.75-76), sua teoria não se concretizou logo de momento e apenas serviu para diminuir o castigo bárbaro e excessivo nas prisões inglesas daquela época. Somente depois de um longo período de esforços, em Millbank (Inglaterra – 1816), foi inaugurada uma prisão inspirada em suas idéias. Porém, foi nos Estados Unidos que suas idéias arquitetônicas tiveram maior relevância, embora não fora acolhida em sua total concepção, foi lá o lugar que deu maior importância à obra de Bentham. Em Costa Rica, a prisão conhecida como “Penitenciária Central” também seguiu algumas idéias fundamentadas no panótico.

### **3.6 Período Criminológico**

Conforme Noronha (2001, p.26-27), após o importante período humanitário, novos rumos ao direito penal são buscados, é justamente quando se passa a estudar o homem delinqüente e a possível explicação para o delito.

Primeiramente a abordar sobre o assunto, César Lombroso, um médico da época, escreve seu livro *L'uomo delinquente*, causando grande repercussão e dividindo o público em adeptos e opositores. Foi ele quem criou a *antropologia criminal*, surgindo ao seu lado Ferri, com a *sociologia criminal*, e Garofalo com sua obra *criminologia*. Sendo os três considerados por Noronha, os fundadores da Escola Positiva. Lombroso cometeu certos exageros, como por exemplo, tentar reduzir o criminoso a uma espécie do gênero humano, mas há de se admitir um mérito de sua parte, que é justamente ter iniciado os estudos com a pessoa do delinqüente, investigando as causas que o levaram à prática do delito, e tentar indicar os meios de se evitar o crime. Portanto, foi ele quem abriu as portas para outros melhorarem o caminho que ele percorreu, tornando-o seus estudos mais firmes e eficazes.

Sob alegação de Leal (1998, p.77), os principais representantes desse período, foi sucessivamente: César Lombroso (1836-1909); Enrico Ferri (1856-1929); e Rafael Garofalo (1851-1934). Estes são os principais autores do movimento positivismo criminal.

## **4 CAPÍTULO III – HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Em uma pequena síntese será abordada a história do Direito Penal brasileiro sob a divisão de três fases principais: período colonial; período imperial ou Código Criminal do Império, e período republicano.

### **4.1 Período Colonial**

De acordo Prado (2000, p.60-63), na primitiva civilização brasileira antes do domínio português imperava a vingança privada, não havendo qualquer uniformidade contra as condutas ofensivas, e também de forma empírica a composição, que derivava de acordo entre as famílias com caráter indenizatório. Quanto às formas punitivas, o predomínio era das penas corporais, porém, esta era

aplicada sem tortura. O fenômeno da *bifurcação brasileira* trazida pelo autor, nada mais é do que a transportação do Direito lusitano para o Brasil, este que vigorou no Brasil após a colonização pelos descobridores, período que se deu em 1500 (séc. XVI). Mas há de se ressaltar, que antes mesmo do descobrimento do Brasil, já existia a história do direito brasileiro, por isso, pode-se afirmar que a história do direito brasileiro é mais antiga que a própria história do Brasil. Ao passo do descobrimento, vigorava em Portugal as *Ordenações Afonsinas* (publicada em 1446, sob o reinado de D. Afonso V), reconhecido como primeiro código europeu completo. Mais tarde, em 1521, as *Ordenações Manuelinas* vieram substituir as *Afonsinas*, com determinação de D. Manuel I. Por fim, em 1569, surge a *Compilação de Duarte Nunes de Leão*, feita com mandado do rei D. Sebastião que viera substituir as Ordenações Manuelinas. Na nova colônia, nenhuma das leis chegou a ser eficaz, na verdade, existia uma realidade jurídica muito particular onde os donatários eram quem diziam o Direito sob seu livre arbítrio, resultado de um regime jurídico muito catastrófico do Brasil Colônia. Houve, todavia, a Bula Intercoetera (1493), expedida pelo Papa Alexandre VI, que garantia ao rei da Espanha direitos sobre a América; e também o Tratado de Tordesilhas (1494), atos que antecedem 1500, e conseqüentemente o Direito lusitano. Mas as primeiras manifestações jurídicas, desde 1500 por cerca de trinta anos, foram as bulas pontifícias, alvarás e cartas-régias que a estas terras se referiam.

Verdadeiramente o primeiro Código Penal no Brasil foram as Ordenações Filipinas do Rei Filipe II, assim explica Noronha (2001, p.55-56), os estatutos anteriores tiveram pouca aplicação devido às próprias condições da terra que ia surgindo. Tais Ordenações refletiam o direito penal daquele tempo, onde fim era inculcar o temor pelo castigo. A pena de morte comportava várias modalidades, como por exemplo, pela força, por torturas, pelo fogo, ou a chamada morte *para sempre*, onde o corpo do condenado ficava se putrefazendo ao solo, sendo as ossamentas recolhidas uma vez por ano. Figura também bastante utilizada eram os açoites, onde se destacavam a pena de galés, mutilações, queimadura, etc. O crime era confundido com o pecado com a mera ofensa à moral, havia desigualdades de classes, onde o juiz aplicava a pena levando em conta a gravidade do caso e a qualidade da pessoa, por exemplo, os nobres eram punidos com multa, já os peões com castigos mais graves e infamantes. Esse foi o código que mais longa vigência

teve em nossa história, foi de 1603 a 1830, se perdurando, portanto, por mais de duzentos anos.

## 4.2 Código Criminal do Império

No dia 16 de dezembro de 1830, o então imperador D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império do Brasil, este que teve como projeto de Bernardo Pereira Vasconcelos, sendo o primeiro código autônomo da América Latina. Assim, explica Leal (1998, p.81):

A Constituição Imperial, promulgada em 25-3-1824, seguindo as idéias da democracia liberal emergentes desde o final do século XVIII, consagrara em seu art.179 algumas normas penais humanizadoras: abolição dos açoites, da tortura, da marca de fogo e demais penas cruéis. (...)  
Dois projetos de Código Criminal (...) foram apresentados à Câmara dos Deputados, em 1827: um de autoria de José Clemente Pereira e outro de Bernardo Pereira de Vasconcelos. O projeto deste último foi adotado como base para os trabalhos da comissão parlamentar mista e, em 16-12-1830, D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império brasileiro.

Segundo o ensinamento de Prado (2000, p.65-67), o novo texto se inspirou nas idéias de Bentham, Beccaria e Mello Freire; e em outros códigos, como o Código da Louisiana de 1825, porém, não se filiou estritamente a nenhum, mostrando originalidade em vários pontos, mostrando intuição e inspiração própria. Serviu-se posteriormente, de inspiração para outros códigos, como o Código espanhol de 1848 e o Código português de 1852.

Abordando sobre o tema, Noronha (2001, p.57-59) salientou que, o Código honrava a cultura jurídica nacional, não era perfeito, pois também apresentava defeitos, por exemplo, não definiu especificamente a idéia da culpa, embora já se referisse a crimes culposos, mas esqueceu de do homicídio e da lesão corporal culposa, porém, posteriormente a Lei n.º 2.033 de 1871, veio suprir tal omissão. Tal lei além de definir os crimes culposos, definiu também o estelionato e passou a formação da culpa para o juiz. No império, vários nomes surgiram perante o campo da doutrina, dentre os principais estava Brás Florentino, Tomás Alves Júnior, Paula Pessoa, Carlos Perdigão, Francisco Luís, dentre outros, entretanto, o maior expoente do direito penal dessa época foi Tobias Barreto, que escreveu

diversas obras, abrindo ele o horizonte para seus contemporâneos, inovou institutos, criticou Carrara e Lombroso, combatendo-os com suas teses.

### 4.3 Período Republicano

Como ensina Dotti (1998, p.54-55), diante da transformação que estava passando o Brasil, Joaquim Nabuco – líder do abolicionismo –, apresentou perante a Câmara dos Deputados um projeto para que o então Ministro da Justiça, Campos Salles, mandasse publicar uma nova edição do Código Penal para eliminar disposições referentes à escravidão, foi aí que o Ministro incumbiu ao Conselheiro Baptista Pereira a organizar o projeto do novo Código Penal, onde o trabalho deveria ser feito urgentemente. O projeto de Baptista Pereira, após três meses foi apresentado à uma Comissão, que poucas emendas fizeram, e em 11 de outubro de 1890, fora expedido o Decreto 817, mandando observar o novo Código.

De acordo com Dotti (1998, p.55):

O Código de 1890 previa as seguintes modalidades de penas privativas de liberdade: *a) prisão celular*, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida “em estabelecimento especial” (art. 45); *b) reclusão*, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47); *c) prisão com trabalho obrigatório*, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48); *d) prisão disciplinar*, destinada aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49).

O Código Penal de 1890 trouxe modalidades de penas privativas de liberdade, dentre elas estava a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório, e a prisão disciplinar.

Leal (1998, p.82-83), afirma que o Código Penal de 1890 foi sendo complementado e alterado com o tempo através de um grande número de leis especiais. Vários projetos para tentar elaborar um novo Código foram propostos, porém, nenhum chegou a se concretizar realmente em lei. Com o tempo, dificuldades na compreensão e aplicação do direito repressivo surgiram. Tentando combater essa questão da época, o desembargador Vicente Piragibe organizou

diversas leis penais, dentre elas o próprio Código Penal, e num processo de unificação das leis nasceu a chamada Consolidação das Leis Penais, que contribuiu na melhora da compreensão e aplicação das mesmas. Mas a idéia de um novo Código continuava a se manifestar, e com o surgimento do Estado Novo essa possibilidade ficou mais próxima de ocorrer. O Ministro da Justiça naquela época, Francisco Campos, encarregou o professor Alcântara Machado para elaborar um projeto de Código Penal. Este por sua vez, foi apresentado em agosto de 1938, passou por uma Comissão Revisora, onde faziam parte desta, Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queirós, Vieira Braga, e A. J. Costa e Silva que colaborou com a Comissão. Após várias emendas, o projeto se tornou o terceiro Código Penal brasileiro através do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Em 1962, Nelson Hungria, ministro do STF à época, tentado uma nova mudança no Código Penal, foi encarregado de apresentar um anteprojeto, que seria outorgado como o novo Código Penal em 1969, porém, sua vigência fora sendo adiada por diversas vezes, até que em 1978 acabou sendo ab-rogado e não entrou em vigência um dia sequer. As tentativas de reforma do Código de 1940 que ainda se demonstrava em vigor, continuaram, surgindo leis que trouxeram modificações importantes, como por exemplo, a Lei n.º 6.416, de 1977, que estendeu o *sursis* aos condenados com pena de reclusão de até dois anos, extinguiu a reincidência após cinco anos sem nova condenação, dentre outras. Mas foi a Lei n.º 7.209, de 1984, que maior significância trouxe, ela alterou toda a parte geral do Código Penal de 1940, e entre os penalistas que elaboraram o anteprojeto, se incluía o autor mencionado.

Portanto, após várias manifestações e tentativas frustradas de alterar o Código Penal de 1940, este continuou em vigor, e assim o está até os dias de hoje, embora tenha sofrido algumas alterações durante os anos que se sucederam de sua vigência.

## **5 CAPÍTULO IV – EVOLUÇÃO E HISTÓRIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

### **5.1 A Pena Privativa de Liberdade: História e Evolução da Pena de Prisão**

Difícil é definir precisamente a origem da pena, esta por sua vez, pode-se afirmar sem sombras de dúvida que é tão antiga quanto à história da humanidade. Por isso, devido à dificuldade, até mesmo da doutrina penal em explicar categoricamente as etapas dessa evolução, o que será considerado nesse trabalho será a figura do homem delinqüente diante das distintas formas de punição dos atos criminosos, sendo estes relacionados aos períodos da História da Humanidade.

### 5.1.1 A Antiguidade

De acordo com Oliveira (1996, p.5), nos primórdios da humanidade a forma de prender as pessoas e os animais se justificava em uma só, ou seja, ambos eram presos pelas mãos, pés, pescoço, etc. Eles eram amarrados, acorrentados, grilhetados, etc. Os piores lugares possíveis serviam para se prender, dentre quais se podem destacar cavernas, subterrâneos, fossas, torres.

Segundo Oliveira (1996, p.5):

Os antigos gregos e os romanos deram ênfase ao acorrentamento e à segregação em estabelecimentos especialmente preparados para prender infratores. A palavra “cárcere”, do latim *carcer*, designava, na Idade Antiga, o local do circo em que os cavalos aguardavam o sinal para a partida, nas corridas. Passou depois a designar a prisão, onde se colocavam os escravos, os delinqüentes e os vencidos na guerra.

Como fora mencionado, os antigos gregos e romanos deram ênfase ao acorrentamento e à segregação, o cárcere passou a ser o termo empregado para designar as prisões, pois antes *carcer*, que vem do latim, queria dizer local em que os cavalos esperavam o sinal para largarem nas corridas.

“A prisão era uma espécie de ‘antessala’ de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade” (BITENCOURT, 2010, p.506). O que de fato existia era uma prisão com o único caráter de depósito, ou seja, de contenção e custódia do réu, onde garantia sua guarda física para que este

esperasse a celebração da execução de seu julgamento, porém, como menciona a doutrina, este tempo em que ficava depositado à prisão, era norteador de condições subumanas.

Embora, na Antiguidade a prisão custódia era a única empregada, já existiam idéias históricas que apontavam para a prisão como meio de pena. Assim, Bitencourt (2010, p.506):

(...) A civilização helênica (Grécia) desconheceu a privação da liberdade como pena. Platão, contudo, propunha, no livro nono de *As Leis*, o estabelecimento de três tipos de prisões: “uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao ‘suplício’ que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”. Platão já apontava as duas idéias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade. Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim. O devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir seu crédito. (...)

Platão, portanto, já apontava a pena de prisão como pena, entretanto, a prisão custódia era a única forma de manifestação na Grécia. Há também de se destacar a prisão por dívida que era uma forma de forçar o devedor a pagar por sua dívida.

Os romanos, por sua vez, foi uma civilização que muito se destacou para o Direito Civil, mas pouco se produziu a respeito do Direito Penal. Também somente conheciam da prisão custódia e aceitavam a prisão por dívida. Existia naquela época a figura do *ergastulum*, que se destinava única e exclusivamente ao aprisionamento de escravos como meio de castigo, onde os Juízes delegavam para o *pater-familiae* o critério da reclusão a ser determinado que podia ser temporária ou perpétua. Fator importante era que nesta época não existia uma padronização de estabelecimentos adequados para a guarda dessas pessoas, pois não existiam ainda penitenciárias arquitetadas para este fim, assim, os lugares eram bem diversos e sempre representavam os piores lugares, essas eram as prisões da Antiguidade, se destacando como principais exemplos, os calabouços, torres, conventos abandonados, aposentos insalubres de castelos ou em ruínas. Como afirma Bitencourt (2010, p.507), as prisões mamertinas eram um poço d’água que

acabou se destinando ao cárcere, na Sicília também houve manifestações nesse sentido, onde surgiram o chamado “fossa dos condenados”.

Ressalta Bitencourt (2010, p.507):

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que os devedores cumprissem as suas obrigações.

Como fora mencionado, Roma e Grécia foram dois grandes expoentes do mundo antigo, senão os dois mais importantes, em ambas as civilizações a prisão era adotada somente como caráter de custódia não podendo definir nessa fase da História a prisão como cumprimento de pena, ou seja, o culpado ficava preso apenas para esperar a execução de seu castigo, que podia ser da pena de morte, passando pelas penas corporais, até as penas infamantes. A prisão por dívida, empregada nas duas civilizações, também não pode ser considerada como pena devido a sua finalidade que era de forçar que os devedores cumprissem sua dívida perante o credor.

Foi somente com a queda de Roma e de seu Império, onde caracterizou a invasão da Europa pelos “bárbaros”, que segundo a divisão doutrinária, acabou a Idade Antiga surgindo, então, uma nova fase, a Idade Média.

### **5.1.2 A Idade Média**

A forma de emprego da lei penal nos tempos medievais tinha o condão de intimidar a coletividade, provocando medo para mostrar que o crime não compensava, isso resultou na crueldade que eram empregados os castigos, onde indistintamente homens e mulheres, velhos e crianças, esperavam sem sequer separação, o suplício e a morte.

Conforme Oliveira (1996, p.5):

Na Idade Média, castelos, fortalezas e conventos mantinham espaço como prisão. A Igreja, em suas leis, admitia a pena privativa de liberdade, sendo consagrado, nesse período, o termo “penitenciária”. O criminoso (pecador) aceitava e, às vezes, suplicava, com graça, a penitência. A “reabilitação” vinha da adesão íntima ao sofrimento purificador.

Portanto, castelos, fortalezas e conventos se justificavam como prisão, foi nesse período que surgiu o termo “penitenciária”.

De acordo com Corrêa Junior e Shecaira (2002, p.31), o Direito Penal canônico teve grande influência neste período da história, pois a Igreja cada vez mais ia possuindo poder, as decisões eclesiais eram efetuadas por tribunais civis, e a pena tinha caráter sacral, retribucionista, mas por um outro lado, com preocupação na correção do infrator. Entretanto, o mérito principal do Direito Penal canônico foi a consolidação da punição pública como a única justa e correta, o que não ocorria com o Direito Penal germânico, que se utilizava da vingança privada.

É nessa época que surgem à prisão de Estado, “aplicada àqueles que cometessem delitos de traição e aos adversários políticos dos governantes de então” (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, 2002, p.31).

Sobre a prisão eclesial que também surgirá nesta época mostra Bitencourt (2010, p.508):

A prisão eclesial, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às idéias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Recolham os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda. Por volta do ano 1000 descreve-se a prisão do mosteiro dos “clunienses” como um aposento subterrâneo, sem portas nem janelas, ao qual se descia por uma escada. Tinha de ter luz para que os irmãos pecadores pudessem ler o breviário e os livros sagrados. A prisão canônica era mais humana que o regime secular, que era baseado em suplícios e mutilações, porém, é impossível equipará-la à prisão moderna. Foi por iniciativa eclesial que no século XII surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace* (vá em paz); eram assim denominadas porque os réus eram despedidos com essas palavras, e aquele que entrava nelas não saía com vida. Eram masmorras nas quais se descia por meio de escadas ou através de poços onde os presos eram dependurados com uma corda.

Sendo assim, a prisão eclesial ou prisão canônica, que somente era destinada a alguns membros do clero, era mais humana que a do regime secular onde vigorava a lei dos suplícios e das mutilações, mais ainda não era modelo adequado. Essas prisões, na verdade, deram um tratamento com caridade e

fraternidade da Igreja para os condenados, que eram encarcerados em prisões subterrâneas sem porta nem janela com um sentido de penitência e meditação, ou seja, utilizavam a penitência e a oração para que o acusado se arrependesse, por isso em tais aposentos deveriam ter luz, pois os “irmãos pecadores” tinham que ler o breviário e os livros sagrados. Há de se destacar também, que com o surgimento dessas prisões subterrâneas, surgiu a expressão *vade in pace*, que significa vá em paz, assim era conhecida a prisão daquele tempo que despedia do réu com essas palavras, porque quem entrava nelas não saía com vida, sendo os presos dependurados com uma corda.

Como nos ensina Farias Júnior (1996, p.288), o delito era confundido com o pecado, o infanticídio, o aborto, a homossexualidade, o adultério, a blasfêmia, a bruxaria etc., passaram a ser elencados como crimes, e para manter seus presos até as execuções das sentenças condenatórias, a Igreja que formou um poder punitivo, passou a construir prisões, que tiveram o nome de Penitenciários. Diante do crescimento cada vez maior de infiéis, portanto, de criminosos, a Igreja se viu obrigada a criar uma Ordem – onde seus membros se chamavam Dominicanos –, e uma organização judiciária – chamada de Santo Ofício da Inquisição – para combater esses criminosos anticatólicos. Uma das poucas exceções à prisão-custódia nesse período era justamente a prisão canônica, que por um outro lado, somente era aplicável em situações especiais a alguns membros do clero. Essa ideologia dada pelo pensamento cristão foi que auxiliou ao bom funcionamento da pena privativa de liberdade e contribuiu para o surgimento da prisão moderna, a começar pelo vocábulo “penitenciário” e “penitenciária” que surgiram da expressão “penitência” do Direito Canônico.

### **5.1.3 A Idade Moderna**

Com o predomínio da pobreza que se estendeu por toda a Europa durante os séculos XVI e XVII, aqueles que não tinham dinheiro buscavam sua subsistência na delinqüência e na mendicância, tirando de maneira ilícita daqueles que obtinham fortunas, e contra estes sujeitos empobrecidos, várias foram às manifestações de experimentos penais, porém, todas falhavam.

Indaga Corrêa Junior e Shecaira (2002, p.31-32):

(...) surge a Idade Média. Com ela, e como resultado de inúmeras guerras religiosas, a pobreza se generalizava por todo o continente europeu, crescendo o número de desafortunados e, conseqüentemente, o número de delinqüentes.

Diante desse quadro social, o Direito Penal foi utilizado como instrumento de segregação social através das penas de expulsão, trabalhos forçados em encanamentos para esgotos ou galés.

Sendo assim, devido às guerras religiosas a pobreza acabou aumentando surpreendentemente, onde estes sujeitos viviam de esmolas, roubos e assassinatos, fenômeno este que se estendeu por toda a Europa. Tentando controlar a situação, penas de segregação passaram a ser utilizadas.

Farias Júnior (1996, p.290-291), explica que nessa época o mundo vivenciava os horrores das penas que eram corporais e infamantes, onde eram visados o corpo e a honra daqueles que eram condenados, todo esse ritual era em público, e essas cenas cruéis ficavam gravadas na mente da população, de modo que, isso fizesse com que a criminalidade fosse controlada. Porém, muito ao contrário, na França, a criminalidade aumentou, se tornando insustentável, o que provava de maneira por todas, que o rigor da pena por si só, não era capaz de enfraquecer a criminalidade. Diante de tais fatos, o povo francês se viu obrigado a deflagrar um movimento que deu origem à Revolução Francesa. Após esse ocorrido, ocorreram várias reformas institucionais, inclusive a inclusão da prisão como instrumento de pena pelo Código Penal Francês de 1791, idéia que se espalhou por todo mundo, sendo, portanto, considerado para muitos, a Revolução Francesa de 1789, o marco dessa generalização como instrumento jurídico, inclusive para Farias Júnior (1996, p.291).

Corrêa Junior e Shecaira (2002, p.31-32):

Porém, inicia-se na segunda metade do século XVI um grande movimento de criação e construção de prisões para a correção dos condenados por delitos menores, que foram chamadas de *houses of correction* ou *bridwells* (referência ao Castelo de Bridwell, cedido pelo rei inglês em Londres para abrigar ladrões e mendigos) e, posteriormente, de *workhouses*.

Sendo assim, na segunda metade do século XVI, um movimento surgiu, este por sua vez, buscava a construção de prisões organizadas que visassem à correção do apenado, essas instituições apresentaram um grande valor

histórico penitenciário. O clero inglês, também teve certa importância, pois diante da proporção exagerada do crescimento da mendicância em Londres, alguns representantes do clero pediram ao rei autorização para utilização do Castelo de Bridwell com a finalidade de recolher os vagabundos, os ladrões e os autores de crimes de menor potencial ofensivo, o que foi autorizado pelo mesmo.

De acordo com Bitencourt (2010, p.510-512) tais instituições apostavam na reforma dos delinqüentes e para tentar alcançar tal objetivo utilizavam-se do trabalho e da disciplina. Também tinha o objetivo de prevenção geral, ou seja, buscava antes de qualquer coisa, desestimular a outras pessoas da vadiagem e da ociosidade. Este tipo de experiência deu certo e foi aprovado, primeiramente, por muitos lugares da Inglaterra, isso resultou em uma expansão dos denominados *bridwells*, como eram chamadas as casas de correção (*houses of correction*), onde o primeiro fundamento legal foi em 1575, e posteriormente criado seu estatuto em 1670. Também na Inglaterra surgiram às chamadas *workhouses* – casas de trabalho –, que seguiam a mesma linha de desenvolvimento das *bridwells*, mais precisamente no ano de 1697 surge a primeira, e em 1707 surge mais duas, uma em Worcester e outra em Dublin. Estas instituições utilizavam a mão de obra dos reclusos. Em Amsterdã, no ano de 1596 foram criadas as chamadas *Rasphuis*, que era a casa de correção para homens; em 1597 foi a vez das *Spinhis*, que se destinavam à correção de mulheres; e por fim, em 1600 foi criado uma seção especial para jovens. Todas estas prisões serviam somente aos crimes de pequena delinqüência, pois os crimes mais graves continuavam sobre a aplicação de penas mais severas, como por exemplo, o exílio, açoites, pelourinho etc. Embora, a aplicação dessas instituições se limitava aos crimes mais leves, há de se destacar que elas assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna, fazendo com que este tipo de prisão fosse copiado por vários países europeus. Posteriormente, no século XVII, outras penitenciárias foram construídas, como as de Bremem (1609), e Hamburgo (1622). Porém, somente no século XVIII, é que duas penitenciárias se destacaram, sendo elas, a penitenciária papal de São Miguel (1703), e a penitenciária de Gant (1775), na Bélgica, onde o trabalho e a manutenção do preso eram explorados, por isso, só comiam aqueles que trabalhavam.

Outra obra importante surge na Europa, esta em meados do século XVII como mostra Bitencourt (2010, p.512-513), o “Hospício de San Felipe Néri”,

fundado em 1667 pelo sacerdote Filippo Franci, foi muito importante sob o ponto de vista penitenciário, nele se destinava, inicialmente, à reforma de crianças errantes, o que posteriormente, passou a se destinar também para jovens rebeldes e desencaminhados. Diante de um regime celular estrito, um não conhecia o outro durante os trabalhos coletivos, pois suas cabeças eram cobertas por um capuz. Jean Mabillon, monge beneditino francês, inspirado no trabalho de Filippo Franci, escreveu um livro chamado “*Reflexões sobre as prisões monásticas*”, neste ele abordava a experiência punitiva aplicado ao Direito canônico e uma série de questões sobre o problema penal, defendendo a proporcionalidade da pena ao delito praticado, e enfatiza ainda, o problema da reintegração do apenado à comunidade. Pode-se, portanto, destacar que um dos primeiros defensores da idéia de reabilitação foi Jean Mabillon. Em Roma, “Clemente XI” foi outro expoente que buscava o sentido reabilitador e educativo da pena privativa de liberdade, suas idéias foram colocadas em prática na “Casa de Correção de São Miguel” que fora fundada em 1703 por sua iniciativa. O regime empregado era misto, sendo assim, além do silêncio absoluto que devia ser respeitado, trabalhavam durante o dia conjuntamente e mantinham-se isolados durante a noite. Os meios empregados para a correção, portanto, era o isolamento, o trabalho, a instrução religiosa e uma férrea disciplina à custa de fortes sanções.

No fim do século XVIII e início do século XIX, grandes sistemas penitenciários surgiram, levando em consideração os modelos adotados pelas penitenciárias de São Miguel (papal) e de Gant, como afirma Farias Junior (1996, p.291):

(...). Houve uma coincidência, a proscricção ou a morte de uma sistemática penal como a dos métodos das torturas e suplícios corporais e das execráveis exposições das pessoas ao público e o nascimento ou o prelúdio da prisão, tornada jurídica, como método de degradar, de aviltar, de degenerar o homem.

Assim, a prisão passou a ser preponderantemente instrumento da pena, onde as barbáries que eram praticadas teatralmente na condição de punição, foram deixadas de lado, o caráter rigoroso e cruel, na qual o povo presenciava, converteu-se em prisão, e que diferentemente da finalidade de infamar a honra e o corpo do condenado, a punição passou a ser tratada como ato de degenerar o

homem, é o nascimento da pena privativa de liberdade, onde a prisão deixa de ser um meio de custódia.

## 5.2 O Sistema Penitenciário Contemporâneo

### 5.2.1 O Sistema Pensilvânico ou Celular

“De acordo com o sistema de Filadélfia, o sentenciado cumpre a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos”. (JESUS, 2008,p.519).

Como mostra Mirabete (2006, p.250):

No sistema da Filadélfia, utilizava-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalhos ou visitas, incentivando-se a leitura da Bíblia. As primeiras prisões a adotar tal sistema foram a de Walnut Street Jail e a Eastern Penitentiary. Muitas foram as críticas à severidade do sistema e à impossibilidade de readaptação social do condenado por meio do isolamento.

Portanto, de acordo com que fora exposto por Mirabete (2006, p.250), as primeiras prisões a adotar o sistema Pensilvânico – Filadélfico ou Celular –, foram a de Walnut Street Jail e a Eastern Penitentiary. Tal sistema se utilizava de um isolamento absoluto – *solitary confinement* –, não havia trabalhos e nem visitas, sendo o único incentivo aos presos da época a leitura da Bíblia. O sistema se mostrava muito severo, e contra ele surgiram várias críticas, como a impossibilidade de readaptação social, uma vez que o isolamento não contribuía em nada para esta finalidade.

Seguindo este raciocínio das críticas que surgiram, Bitencourt (2010, p.146-147), explica que: apesar do apelo da sociedade formada por *quacres*, onde começaram a aparecer às características do regime celular primeiramente em Walnut Street, tal experiência iniciada acabou por resultar em um grande fracasso devido ao grande número que foi crescendo naquela prisão. Assim, a sociedade de Pensilvânia e a Sociedade de Filadélfia, solicitaram um sistema fundado na separação, que diante das pressões, resultaram em duas novas construções, a

penitenciária Ocidental – Western Penitentiary – em Pittsburgh (1818), e a penitenciária Oriental – Eastern Penitentiary – concluída em 1829. Na primeira, não se admitia qualquer forma de trabalho nas celas, onde o isolamento absoluto continuará a ser mantido, porém, em 1829 concluiu que este sistema não deveria ser mais praticado, é então, que surge a segunda penitenciária, a de Eastern, esta que destinou a aplicar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela.

Certo é que, apesar do trabalho ser permitido somente na cela em 1829, os trabalhos eram tediosos e sem muito sentido, mas isso já foi um avanço, e como mencionou Bitencourt (2010, p.147), há quem entenda que o verdadeiro sistema Filadélfico iniciou-se somente com a conclusão da penitenciária Oriental.

### 5.2.2 O Sistema Auburniano

De acordo com o ensinamento de Mirabete (2006, p.250):

No sistema auburniano, mantinha-se o isolamento noturno, mas criou-se o trabalho de presos, primeiro em suas celas e, posteriormente, em comum. Características desse sistema penitenciário era a exigência de absoluto silêncio entre os condenados, mesmo quando em grupos, o que levou a ser ele chamado de *silent system*. Sua origem prende-se à construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York, em 1818, sendo seu diretor Elam Lynds.

De acordo com o que fora exposto, o sistema auburniano nasceu em Auburn, Estado de New York, ele empregava o isolamento noturno, mas criou a possibilidade de trabalho dos presos durante o dia. Também era empregado a regra do silêncio absoluto – *silent system* –, que devia ser respeitada durante o período noturno e também diurno, quando os presos se reuniam em grupos para o trabalho. Jesus (2008, p.519), também mostra a regra do silêncio que era empregada em tal sistema, “No sistema de Auburn, durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio junto com os outros (...)”.

Conforme Pimentel (s.a., s.p.) apud Mirabete (2006, p.250), o ponto vulnerável do sistema era a regra absoluta do sistema, ou seja, da maneira desumana em que era empregada, foi isso que levou os presos a se comunicarem

com as mãos, formando entre eles uma espécie de alfabeto, algo que é constatado até os dias de hoje em prisões de segurança máxima.

Como mostra Bitencourt (2010, p.147-149), através dessas informações pode-se concluir que o objetivo do sistema de Auburn, além do *silent system* – sistema absoluto de silêncio –, havia também o trabalho em comum, onde os detentos não podiam falar entre si, permitindo que uns poucos controlem uma multidão, pois o silêncio era ininterrupto, sendo a única exceção, a fala com os guardas que era em voz baixa e por meio de licença prévia. Entretanto, o sistema auburniano também resultou em fracasso por dois aspectos negativos, um foi o fato das associações sindicais que se opuseram ao trabalho penitenciário, com o fundamento de que isso poderia resultar em uma competição ao trabalho livre, pois a produção nas prisões representava menores custos. O outro aspecto negativo foi que o *silent system* aplica estilo de vida militar devido o seu rigorismo disciplinar, e essa mentalidade castrense, aplicação de castigos cruéis e excessivos, não era bem visto nas prisões, apesar de se acreditar que tais castigos seriam justificáveis porque eles propiciavam na recuperação do delinqüente.

De acordo com Prado (2000, p.349), não existiam muitas diferenças substanciais entre os sistemas filadélfico e auburniano, ambos defendiam a separação dos condenados, o primeiro empregava a segregação durante todo o dia, já o segundo permitia durante algumas horas o trabalho coletivo. Porém, os dois sistemas não obtiveram êxito de seus métodos empregados pois sacrificavam o objetivo da recuperação social.

### 5.2.3 O Sistema Panótico

Como mostra Farias Júnior (1996, p.292-293), o grande criador desse sistema foi o inglês Jeremias Bentham, que teve forte inspiração nos sistemas de John Howard e no *Separaty confinement*, onde levou em consideração alguns aspectos, mas abrangeu outras características, sendo elas: a) Progressão de dois estágios – o primeiro, era de trabalho durante o dia e isolamento a noite, e o segundo, chamado de *meia liberdade* por Bentham, era a liberdade transitória; b) Preocupando-se com a prevenção do crime e a tão buscada reforma do delinqüente,

ele previa uma instrução moral e religiosa; c) Na busca da ressocialização do delinqüente, este podia ter relacionamento social com pessoas selecionadas da sociedade, o que visava impedir o *separaty confinement*; d) Proibia o contato entre os presos – *silent system* –, mantendo vigilância rigorosa sob o criminoso; e) A penitenciária deveria ser de construção rotunda, ou seja, com celas individuais todas voltadas para um centro, onde se situava a torre de vigilância. As celas eram gradeadas na frente, isso permitia que da torre fosse possível visualizar todo o interior da cela, permitindo uma visualização ampla e total ao mesmo tempo, por isso, deu-se o nome de Panótico, que vem da composição de *Pan* e *Ótico*.

Ainda de acordo com o entendimento de Farias Júnior (1996, p.293), não há um tipo fixo de penitenciária panótica, assim, elas podem ser com dois, três, ou mais pavilhões rotundos, onde para cada pavilhão, no centro estará situada a torre de vigilância. A primeira penitenciária construída com esses padrões nos Estados Unidos, foi a de Richmond, em 1800, e posteriormente, a de Pitsburgo, construída em 1827. No Brasil, a primeira foi construída na Bahia, mais precisamente, em Salvador no ano de 1962, no qual o projeto se limitava em três pavilhões rotundos, porém, somente dois foram construídos.

### **5.3 Os Sistemas Penitenciários Progressivos**

Ao conceituar sistema progressivo, Farias Júnior (1996, p.294) aborda, “são aqueles cuja execução da pena se faz em dois ou mais estágios ou regimes, iniciando pelo mais rigoroso e terminado por um mais brando”.

Para Bitencourt (2010, p.151), é quando impõe-se definitivamente a pena privativa de liberdade, o que coincide com o progressivo abandono da pena de morte e dos regimes auburniano e filadélfico. A função retributiva da pena é mais destacada, onde passa a vigorar um meio de alcance à reforma moral do recluso, atribui melhores condições para o interno ajudando na sua preparação para ele voltar viver em sociedade. A condenação, que agora se divide em períodos, busca estimular a boa conduta do recluso, fazendo com que ele se acostume ao regime aplicado progressivamente, até que chegue o dia de voltar para a sociedade.

### 5.3.1 Sistema Progressivo Inglês ou “Mark System”

De acordo com Prado (2000, p.349-350), Alexander Maconochie, diretor da colônia penal da ilha de Norfolk, na Austrália, foi o grande criador desse sistema, expôs em sua obra *Thoughts on Convict Management*, em 1838, um sistema baseado em marcas, o que deu origem ao nome “*mark system*”, através deste o condenado poderia obter marcas ou vales conforme sua conduta e seu rendimento no trabalho, isso fazia com que o condenado pudesse ir diminuindo sua pena imposta inicialmente.

Esse sistema dividia-se em três períodos ou estágios de cumprimento, assim, explica Mirabete (2006, p.250):

O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e o último permitia o livramento condicional.

Sendo assim, conforme Mirabete (2006, p.250), pode-se afirmar que o primeiro período era o de prova, onde vigorava o isolamento celular absoluto, ou seja, de dia e de noite; o segundo, era o trabalho em comum, porém sob a regra do silêncio, onde através do número de vales que ele obtinha, conseguia outros benefícios; e por fim, o terceiro e último período, que era o livramento condicional.

Explica Farias Júnior (1996, p.297):

A duração de cada estágio era medida pelas “Marcas” que eram registros numa ficha de controle relativos ao trabalho, comportamento, boa vontade de colaborar e aprender, etc. de modo que, conforme o número de marcas, poder-se-ia aferir o rendimento produzido e esse rendimento é que ia determinar o tempo da pena, que poderia, se fosse bom elemento, ser encurtada até a metade. Entretanto, se fosse rebelde e irrecorrigível, não sairia nunca.

Portanto, as marcas, que eram os registros do rendimento do preso, é que determinava o tempo da pena, pois quando este rendimento fosse considerado bom, a pena poderia ser reduzida a metade, mas caso contrário, se fosse ruim, não sairia nunca de tal estabelecimento.

### 5.3.2 Sistema Progressivo Irlandês

Diante do sucesso do sistema de Maconochie, Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda, através de uma modificação fundamental do sistema de Maconochie, implantou esse sistema na Irlanda, dando origem ao chamado *sistema irlandês*, que segundo Bitencourt (2010, p.153), Crofton foi na verdade um aperfeiçoador do sistema progressivo inglês, em 1854, trouxe a tona a idéia de prisões intermediárias, que se tratava de um período entre as prisões e a liberdade condicional. Assim o sistema irlandês ficou composto por quatro períodos.

A respeito desses quatro períodos, indaga Prado (2000, p.350):

(...). Assim, o “sistema progressivo irlandês” passou a compreender quatro etapas distintas: a primeira, abrangendo um período de isolamento celular de nove meses de duração; a segunda, consistindo no trabalho em obras públicas; já a terceira etapa destinava-se ao trabalho externo, com pernoite em estabelecimento penal; a quarta e última fase, por sua vez, era a liberdade provisória (livramento condicional), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento.

Logo, em seu primeiro período, conforme mencionado, estava o isolamento celular; o segundo consistia no trabalho do condenado, que na época era destinado às obras públicas; no terceiro, já era possível o trabalho externo, ou seja, fora do estabelecimento prisional, porém, o mesmo deveria retornar e passar a noite no mesmo; e por fim, o último período era o do livramento condicional, ao qual poderia ser convertida em definitiva, sempre levando em conta o comportamento do indivíduo.

### 5.3.3 Sistema de Montesinos

De acordo com Bitencourt (2010, p.154), o Coronel Manuel Montesinos de Molina, em 1835, ao ser nomeado governador do presídio de Valência, diminuiu o rigor dos castigos passando a adotar uma forma de disciplina racional. Sua

importância na história foi o fato dele conseguir disciplinar os reclusos sem imposição de castigos severos, mas sim, pelo exercício de uma autoridade moral.

Conforme Montesinos (s.a., s.p.) apud Farias Júnior (1996, p.296):

Inspirar en el alma de los delinquentes sentimientos de lenidad y afición al trabajo, encaminar-los a utiles ocupaciones, deve ser el objeto moral de las penitenciarias públicas, para que desde ellas no salgan a precipitarse de nuevo em la carrera interminable de los vicios.

Seguindo a idéia de Montesinos como fora mencionado, Bitencourt (2010, p.154) explica:

(...). A ação penitenciária de Montesinos planta suas raízes em um genuíno sentimento em relação “ao outro”, demonstrando uma atitude “aberta” que permitisse estimular a reforma moral do recluso. Possuía uma firme “esperança” nas possibilidades de reorientar o próximo, sem converter-se em uma prejudicial ingenuidade, encontrando o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso.

Assim, diante do que fora exposto, sua relação com os reclusos era fundada em sentimentos de confiança e estímulos, mostrando sua preocupação com o próximo, o que deu muito certo, pois isso trazia mais benefícios na reorientação dos reclusos, assim como na sua reforma moral, sem que para isto fossem usados castigos rigorosos, e tão somente, uma atitude pedagógica.

## **6 CAPÍTULO V – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Como explica Carvalho Filho (2002, p.36-37), em 1551, após 51 anos do descobrimento do Brasil, ainda sob a vigência das leis lusitanas, já existia uma “cadeia”, com sede em Salvador – Bahia. As prisões se encontravam no andar térreo das câmaras municipais, não eram cercadas por muros, permitindo o contato dos presos através das grades, serviam basicamente para recolher criminosos à espera de julgamento, mas, principalmente, escravos fugitivos. Era possível também encontrar prisões em prédios militares, que haviam perdido sua função através do

tempo. Um antigo cárcere eclesiástico do Rio de Janeiro, ao qual recebia o nome de Aljube, antigamente utilizado na punição de religiosos, fora cedido pela Igreja, após a chegada da Família Real (1808), para que nele pudessem ser efetuadas prisões comuns, porém, o ponto negativo desse estabelecimento era a sua dimensão, pois em 1829, havia 390 detentos com um espaço aproximado de 0,60 por 1,20 metros para cada um, o que ficou muito pior depois de decorridos dois anos, quando em 1831, havia mais de 500 presos. Somente em 1856, o Aljube seria finalmente desativado.

Um decreto, de 1821, firmado pelo então príncipe regente D. Pedro, já mostrava preocupação pelas autoridades do estado das prisões brasileiras, onde estabelecia que “ninguém será lançado em masmorra estreita, escura ou infecta porque a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar”, como demonstra Salla (1999, p.43) apud Carvalho Filho (2002, p.37). A Constituição de 1824 aboliu penas cruéis antigas que eram disciplinadas nas Ordenações do Reino de Portugal, podendo citar como exemplo, a tortura, a marca de ferro e o açoite, que excepcionalmente ainda se aplicava aos escravos, além disso, o mesmo dispositivo mencionado, previa que as prisões fossem limpas e seguras, havendo a necessidade do respeito à separação de presos de acordo com a natureza de seus crimes.

Porém, como afirma Carvalho Filho (2002, p.37-38):

Em rigor, a pena privativa de liberdade só foi instituída pelo Código Criminal do Império, em 1830. A pena de morte, na forca, ficou reservada para casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos. É uma mudança importante: no antigo regime, a pena de morte era prevista para mais de 70 infrações. Em 1835, como reação ao levante de negros muçulmanos ocorrido na Bahia, uma lei draconiana ampliaria as hipóteses de pena capital para escravos que matassem, tentassem matar ou ferissem gravemente o senhor ou o feitor.

Portanto, somente em 1830, através do Código Criminal do Império, é que a pena privativa de liberdade foi instituída. Através desse Código, a pena de morte ficou muito mais restrita, somente se aplicava nos casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos, através da forca, o que era muito diferente antes do surgimento de tal Código mencionado, onde a pena de morte era prevista para mais de 70 infrações. A pena de *galés* – trabalhos forçados em obras públicas – foi mantida, onde, para não fugirem, os presos usavam uma calceta no pé e

corrente de ferro. Entretanto, a principal novidade desse Código, foi a introdução das penas de *prisão com trabalho*, onde os presos eram obrigados a trabalhar todos os dias dentro das prisões públicas que ofereciam maiores seguranças, seja por tempo determinado – no caso de prisão simples –, ou perpetuamente – no caso de prisão perpétua.

Na cidade de São Paulo, após algumas comissões formadas por “cidadãos probos”, que visitaram a prisão que lá se encontrava entre os anos de 1829 a 1841, o relatório final era sempre insatisfatório e destacavam em sua maioria a imundice, o tamanho estreito e o ar infectado daquele estabelecimento. Isso fez com que, duas prisões fossem projetadas na tentativa de suprir a lacuna, eram as chamadas Casas de Correção, inauguradas em 1850 na cidade do Rio de Janeiro, e em 1852 na própria cidade de São Paulo, que simbolizaram a modernidade punitiva no país, segundo afirma Carvalho Filho (2002, p.38-39):

(...). Pode-se dizer que elas simbolizam a entrada do país na era da modernidade punitiva.

Foram idealizadas sob os influxos da arquitetura penitenciária de Bentham, praticada nos EUA e na Europa. A do Rio de Janeiro só não reproduziu o modelo do Panóptico por erro de construção.

Contavam com oficinas de trabalho, pátios e celas individuais. Buscavam a regeneração do condenado por intermédio de regulamentos inspirados no sistema de Auburn, segundo os quais os presos trabalhavam em silêncio durante o dia e se recolhiam às celas durante a noite.

Com essa afirmação posta em evidência, fica clara a inspiração na criação dessas duas prisões brasileiras, nos sistemas americanos, os idealizados por Bentham, o auburniano e o panótico, este por sua vez, que acabou ficando de fora devido a uma falha na construção de tais estabelecimentos. Já havia uma busca da ressocialização do criminoso, para isso, foram implantadas celas individuais, oficina de trabalho, arquitetura humanizada, além de empregar o *silent system*, onde os presos trabalhavam de manhã sob a regra do silêncio absoluto, e eram recolhidos para suas devidas celas durante o período noturno. Um outro fator importante, era que, esses dois estabelecimentos possuíam um recinto especial, que era chamado de calabouço, para onde eram enviados os escravos fugitivos para que recebessem a pena de açoite – limitada a 50 chibatadas por dia –, quando não fossem aplicados a eles a pena de morte ou de galés.

Contudo, explica Carvalho Filho (2002, p.40), ao longo do Império, uma cultura sobre as prisões começa a ser formada, juristas e funcionários passam a

buscar conhecimentos dos estabelecimentos penais exteriores. Eis que surgem as primeiras indagações de que o sistema progressivo deveria ser o adotado pelo Brasil, o que ocorreu formalmente em 1890, com o Código Republicano, no surgimento da República. Através desse novo Código, não só as penas de morte na forca, como também a pena de galés, desapareceram, e o caráter temporário surgiu, onde através dele as penas restritivas da liberdade individual não poderiam exceder a 30 anos, sendo tal princípio garantido até hoje pela Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de Farias Júnior (1996, p.303):

Assim, o Código Penal de 1891 previa um sistema progressivo de 4 estágios: no primeiro, o regime pensilvânico ou celular; no segundo, o regime auburniano, no terceiro, a prisão agrícola, e no quarto, o livramento condicional.

Demonstrando mais uma vez a consagração do sistema progressivo no Brasil perante o Código Penal de 1891, mais precisamente do irlandês, onde ocorria a divisão em quatro etapas, Farias Júnior (1996, p.303) explica que, o tão idolatrado sistema penal não saía basicamente do papel, pois previa *prisão disciplinar* para menores de 21 anos e maiores de 14 anos em estabelecimentos industriais, porém, na prática, os menores cumpriam penas com os maiores porque não existiam tais estabelecimentos especiais, e ainda, o Código também previa a *prisão com trabalhos*, para vadios e capoeiras em estabelecimentos agrícolas.

Posteriormente, como mostra Carvalho Filho (2002, p.42-44), somente em 1920 na cidade de São Paulo, é inaugurada uma nova penitenciária situada no bairro do Carandiru com capacidade para 1.200 presos, possuindo o que havia de mais moderno, como enfermarias, escolas, acomodações adequadas, oficinas etc. Por estes e outros motivos estudiosos e juristas do Brasil e do mundo definiram como “instituto de regeneração modelar”. Entretanto, os vícios e violências de qualquer outra prisão, assim como a quebra da regra do silêncio, também se evoluíram, como por exemplo, técnicas desenvolvidas pelos próprios prisioneiros como meio de comunicação alternativa, podendo destacar o alfabeto manual de surdos-mudos, e a técnica do “abano”, onde uma determinada quantidade de acenos consistia numa letra. Finalmente, em 1940, é editado o Código Penal, que por sua vez, prevalece em vigência até os dias atuais, com ele a pena privativa de liberdade se dividiu em duas, quais sejam, a *reclusão*, com duração máxima de 30 anos, e a *detenção*,

concedida aos crimes de menor potencialidade ofensiva, com duração máxima de 3 anos. Os reclusos deveriam ficar separados dos detentos, porém, esse regramento nunca fora obedecido. O Código Penal prevê cerca de 300 infrações, onde se aplica a pena privativa de liberdade – reclusão e detenção –, ao inverso do que dispõe a Lei de Contravenções Penais, de 1941, que se preocupou com as infrações de menor gravidade, somente tipificando 69 infrações, onde previu 50 vezes a pena de prisão simples, que em nota, não passa pelo rigor penitenciário. A Casa de Detenção de São Paulo, localizada também no Carandiru, inaugurada em 1956, é outro ponto marcante da história, ela estabelecia 3.250 vagas para presos à espera de julgamento, porém, chegou ao absurdo de abrigar mais de 8 mil pessoas, o que ao longo dos anos, além da superlotação, o que se passou a abrigar não era tão somente presos a espera de julgamento, mas também condenados. Ficou conhecida mundialmente pelo massacre dos 111 presos em 1992, pela intervenção da Polícia Militar, fato que ganhou os cinemas e as livrarias com a obra denominada Carandiru, que relatava a miséria de seu interior, os motins, os episódios de violência e o próprio massacre de 1992. Tal estabelecimento foi desativado e demolido, hoje em seu local encontra-se um parque estadual dedicado ao lazer público.

O Código Penal de 1940 passou por duas reformas marcantes, uma em 1977, que instituiu os atuais regimes, ou seja, fechado, semi-aberto e aberto, além de aumentar os casos de sursis penal levando em consideração a superlotação que naquela época já se destacava. A outra reforma, ocorreu em 1984, que trouxe a importante figura das penas alternativas, restringindo a prisão somente para os criminosos mais perigosos e os crimes mais graves.

## **6.1 Estruturação Atual do Sistema Penal Brasileiro**

A Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execução Penal (LEP), regula todo o regime penitenciário, inclusive das penas privativas de liberdade que vão do artigo 105 ao 119. O Código Penal por sua vez, também se mostra presente, onde do artigo 32 e seguintes, também estabelece o regime de cumprimento de pena.

De acordo com Farias Júnior (1996, p.389-392), o Juiz criminal quando proclama a sentença condenatória, deve abordar em sua decisão em qual regime o réu será submetido (art.110 LEP) levando em consideração o que dispõe o artigo 33 do Código Penal, ou seja, em qual regime deverá iniciar a sua pena. As penas podem ser privativas de liberdades (reclusão ou detenção), restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdições e limitações), e pecuniária (multa). Existem ainda, as medidas de segurança que são destinadas aos réus inimputáveis que sofrem de doença mental que tem cunho médico assistencial, curativo. O regime de cumprimento das penas privativas de liberdade regula-se pela forma progressiva – progressão de regime –, assim ela passa do regime mais rigoroso para o menos. Existem três regimes aplicados no Brasil, o fechado (penitenciárias de segurança máxima), o semi-aberto (colônias penais agrícolas), e aberto (casas de albergado). Este último, devido às pouquíssimas casas do albergado existentes em nosso país desde a entrada em vigor da Lei de Execução Penal, passou a ser tratada pela doutrina com a seguinte expressão “prisão aberta domiciliar”, o que é totalmente contrário ao que dispõe o artigo 117 da LEP, como mostra Farias Júnior (1996, p.393):

(...), a prática forense criminal passou a denominar “prisão aberta domiciliar”, ferindo categoricamente o contido no artigo 117 LEP, onde só se admite prisão domiciliar em 4 (quatro) hipóteses; a saber: condenado maior de setenta anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e ainda, quando se tratar de condenada gestante.

Assim, o regime aberto passou a ser aplicado de forma equivocada, se distanciando de suas verdadeiras finalidades que foi atribuída pela Lei de Execuções Penais.

Os condenados deverão ser classificados de acordo com seus antecedentes e personalidade, o que segue orientação e respeito da Constituição Federal que em seu artigo 5º, XLVI prevê a individualização da pena. A lei muito bem orientada prevê que presos provisórios fiquem separados de presos já condenados (art. 84 LEP), assim como, os primários dos reincidentes, tese que não se firmou na prática, pois há uma mistura aleatória de presos e condenados, por isso “a exigência legal não passa de ficção.” (CARVALHO FILHO, 2002, s.p.). No Brasil vigora o princípio da presunção de inocência, por isso, a justificativa de separar

presos provisórios de presos já condenados por sentença transitada em julgado, pois, só é considerado culpado aquele que foi condenado por sentença condenatória. Quanto aos primários dos reincidentes, se justifica para evitar que certos malefícios presentes em presos reincidentes não alcancem presos primários.

Como mostra Mirabete (2006, p.254), as mulheres estão sujeitas a um regime especial, onde a pena deve ser cumprida em estabelecimento próprio, assim prevê o art. 37 do Código Penal. Também deve se respeitar o que diz a CF/88, que em seu art. 5.º, inc. L, prevê que elas devem receber condições adequadas para permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Diz o art. 82, § 1.º, da LEP, que o maior de 60 anos também deve ser recolhido em estabelecimento próprio e adequado à sua condição.

Ao menor de 18 anos que comete um ato tido como criminal, um tratamento diferenciado será aplicado, pois o menor infrator recebe normas especiais de acordo com a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Um ponto importante que é o trabalho do apenado, ou seja, é mais eficiente no regime semi-aberto que é totalmente voltado à mão-de-obra dos próprios reclusos, mas também ocorre no regime fechado onde presos fazem a manutenção do estabelecimento, limpeza do setor burocrático, trabalhos na cozinha, etc. Ocorre que com o trabalho, uma parte da pena será remida (art. 126 LEP), esse é o instituto da remição, onde um dia de pena vale por três dias de trabalho. O trabalho é um forte fator na busca da ressocialização do apenado, trata-se de um dever social e condição de dignidade humana.

Há ainda o instituto da detração, que segundo Mirabete (2006, p.266), na pena privativa de liberdade ou de medida de segurança, deve-se computar o tempo de prisão provisória, tanto no Brasil como no estrangeiro, também, a prisão administrativa ou qualquer internação em estabelecimentos como forma de punição ou cautelar.

## **7 CAPÍTULO VI – A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

A prisão passou a ser o meio de resposta penológica principal a partir do século XIX, onde muito bem idealizada a reeducação do encarcerado deveria ser buscada, sendo esta a principal finalidade da pena, porém, na realidade aplicada durante os séculos que se sucederam, não tem sido exatamente assim que as coisas passaram a funcionar.

### **7.1 A Ineficiência do Caráter Reedutivo da Pena Privativa de Liberdade**

Quanto a esse caráter reeducativo da pena privativa de liberdade – pena de prisão – que hoje em dia se demonstra ineficaz, expõe Messa (2009, p.27):

Infelizmente, bem distante da condição ideal de uma convivência social justa com um poder punitivo estatal fundamentado na retribuição, prevenção, reeducação social e humanização dos direitos da pessoa do delinqüente, nos dias atuais, o direito de punir do Estado adota, no plano real, uma política retributiva e intolerante. Desta forma, não há qualquer preocupação com a readaptação social do delinqüente, no sentido de oferecer novas oportunidades de integração social e condições que impeçam que a pena seja fator de sua dessocialização, além de existir uma sensação coletiva generalizada de impunidade, perdendo o Estado cada vez mais a função de intimidar os potenciais delinqüentes em geral, mediante a aplicação da pena.

As quatro finalidades da pena, a qual o poder punitivo estatal deveria respeitar, qual seja, retribuição, prevenção, reeducação social e humanização dos direitos do delinqüente, não tem sido levada em conta nos dias atuais, justificando em uma política intolerante do *ius puniendi* como fora mencionado. Portanto, hoje pode-se dizer que a prisão dessocializa e não ressocializa como fora elaborada após fortes críticas e reformas às penas corporais e infamantes que existiam antigamente. Esta função preconizada pelos principais criadores do caráter reeducativo da pena, não tem causado efeito na realidade criminal, pois a falência do sistema prisional que se dá no Brasil, e também em outros países, onde os efeitos devastadores que ela causa se resultam na afirmação de que modelo de prisão tradicional não é eficaz para ressocializar ninguém.

Os argumentos a respeito da ineficácia da pena privativa de liberdade se baseiam em duas premissas de acordo com Bitencourt (1993, p.143), sendo a primeira:

a) considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. (...). Nesse sentido, manifesta-se Antonio Garcia Pablos de Molina, afirmando que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos ‘expiacionistas’; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não”.

A primeira premissa é justamente aquela que garante que não dá para atribuir ao sistema penitenciário nenhum trabalho reabilitador, pois este sofre perante a própria comunidade uma discriminação, podendo se afirmar ainda que a pena ao invés de ressocializar como teoricamente foi elaborada, não o faz, e sim estigmatiza conforme Molina (s.a., s.p.) apud Bitencourt (1993, p.143), assim, ela macula o recluso e não o limpa.

Quanto à segunda premissa, indaga Bitencourt (1993, p.144):

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém, igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançáveis o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

A segunda premissa, por sua vez, insiste que a maioria das prisões do mundo inteiro, apresenta condições materiais e humanas precárias dificultando o objetivo ressocializador. Essa premissa leva em conta situações reais na qual se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

Observa Mukad (1990, p.24) quanto à crise da pena de prisão no sistema penitenciário brasileiro:

“A opinião dominante é de que não é possível reabilitar o condenado ao convívio social, aplicando-se-lhe um isolamento que não é natural, que lhe traz, pelo tipo de vida a que obriga, repercussões negativas em seu físico e psiquismo, tornando-o mais anti-social, por não lhe proporcionar uma existência racional e normal, levando-o a uma despersonalização incompatível com a vida em liberdade.”

As deficiências das prisões alcançam tanto países de terceiro mundo, como países subdesenvolvidos e países desenvolvidos. Dentro das principais pode-se mencionar a superlotação carcerária que reduz a privacidade e permite maior facilidade de abusos sexuais dos reclusos; falta de higiene; maus tratos verbais ou de fatos; péssimas condições de trabalho; serviços médicos e assistência psiquiátrica precárias; má qualidade na alimentação etc.

Outro argumento muito utilizado na doutrina para falar sobre a falência da pena da prisão, é justamente o *fator criminógeno* da mesma. Sobre este, aborda Bitencourt (1993, p.146):

(...). Considera-se que a prisão em vez de frear a delinquência parece estimulá-la, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. Os exemplos que demonstram os efeitos criminógenos da prisão são lembrados frequentemente. Hibber, por exemplo, cita um muito ilustrativo: "...Fui enviado a uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum – . Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão ... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinqüente profissional, praticando desde então todo o tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso".

Veja que de acordo com a citação acima onde mostra a confissão de um verdadeiro criminoso denominado de Hibber, a prisão desde cedo só o fez progredir para o mundo do crime, aprendendo novos delitos, novas malícias e, esperando pelo fim da vida como um criminoso. Não há nenhuma menção ao regresso para o bem, à ressocialização para o convívio em sociedade, mas tão somente, menção a novos crimes e novas características ensinadas dentro das prisões.

Para melhor identificar esse fator criminógeno, sobre o ensinamento de Bitencourt (1993, p.146-147), pode-se elencar três fatores que dominam a vida carcerária, e estes por sua vez, imprimem o caráter criminógeno da prisão. 1) *Fatores materiais*: a prisão produz efeitos negativos à saúde dos internos, especialmente nas prisões clássicas onde devido o mau alojamento, a má alimentação, péssimas condições de higiene, umidade e odores nauseabundos, enfermidades ocorrem com mais freqüência, como por exemplo, o desenvolvimento

da tuberculose e outras doenças. As prisões mais modernas também não escapam apenas suprimindo algumas dessas deficiências, por exemplo, não produzem prejuízos à saúde, mas sim à condição físico-psíquica do recluso, isto porque muitas vezes não há uma distribuição aconselhável do tempo empregado ao trabalho, ao lazer e aos exercícios físicos; 2) *Fatores psicológicos*: a prisão é um lugar de mentiras e dissimulações pela sua própria natureza, nelas estão pessoas que praticam em sua maioria crimes com artimanhas, ou seja, usam da mentira e da dissimulação em seus atos delituosos. Isso tudo faz com que aumente tendências criminosas nos internos dentro do estabelecimento penitenciário, seja pela aprendizagem do crime, como pela formação de associações delitivas; 3) *Fatores sociais*: este fator está intimamente ligado com a segregação sofrida pelo recluso perante o meio social, ou seja, ele sofre uma desadaptação do seu meio social algo que é muito difícil de reinserção, fazendo com que o indivíduo adentre mais e mais no mundo criminal.

A junção desses fatores é o que levam ao fator criminógeno da prisão, Bitencourt (1993, p.147) ainda explica, que com rapidez das transformações na vida moderna, maior será o efeito criminógeno dentro das prisões, ele chega a comparar uma pena imposta de cinco anos na atualidade, sendo igual a uma imposta de vinte anos na metade do século XX. Defende que certos danos físicos e psíquicos podem ser superados com a criação de estabelecimentos mais eficazes e adequados, com boas condições de higiene, alimentação, tratamento digno ao recluso, porém, invisivelmente provocará sempre um dano irreparável que é o isolamento dessa pessoa à vida social normal, sendo esse um dos defeitos mais peculiar da pena privativa de liberdade, porque rompe o ciclo normal de desenvolvimento impedindo a sua ressocialização.

Apesar dos argumentos apontados, deve-se considerar que nem todos reclusos respondem da mesma maneira à pena privativa de liberdade, por exemplo, delinqüentes ocasionais ou acidentais conseguem cumprir a pena sem receber as influências da comunidade penitenciária. Outra ressalva é que não existe cientificamente justificativa que apontem à influência específica da prisão como fator criminógeno, não se sabe se a personalidade do recluso, sua vida anterior à prisão ou o meio social em que será reinserido após sua liberdade podem ser mais importantes que o próprio fator criminógeno.

## 7.2 A prisionalização

Segundo Bitencourt (1993, p.170-171), a prisionalização se trata do efeito mais importante que o subsistema social carcerário produz no recluso, é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Pode ser similarmente classificada como assimilação, termo trazido pela sociologia e que quer dizer que é uma espécie de aculturação por uma parte incorporada, ou seja, pessoas assimiladas compartilham sentimentos, recordações e tradições do grupo que foi estabelecido. Pode também ser assemelhada ao processo de socialização, expressão que também advém da sociologia e quer dizer o ensinamento de crianças sobre os modelos de comportamento social. Veja que o indivíduo que é inserido na prisão, passará por este processo de aculturação ou adequação à cultura que ali é estabelecida.

De acordo com Molina e Conde (s.a, s.p.) apud Bitencourt (1993, p.171) aponta:

Para Antonio Garcia-Pablos de Molina “o cárcere, segundo demonstram os enfoques subculturais modernos, é uma subcultura. Em outros termos, é um conjunto normativo autônomo que coexiste paralelamente com o sistema oficial de valores”. Trata-se de uma aprendizagem que implica em um processo de “dessocialização”. Esse processo dessocializador é um poderoso estímulo para que o recluso recuse, de forma definitiva, as normas admitidas pela sociedade exterior. A prisionalização sempre produzirá graves dificuldades aos esforços que se faz em favor de um tratamento ressocializador. A prisionalização é um processo criminológico que leva a uma meta diametralmente oposta a que pretende alcançar o objetivo ressocializador. Segundo Muñoz Conde, “ocorre aqui um fenômeno criminológico comum a todas as instituições fechadas, que Clemmer chama de prisionalização e Goffman, por sua vez, denomina aculturação. O recluso adapta-se às formas de vida, usos e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem, desenvolve hábitos novos no comer, vestir, aceita papel de líder ou papel secundário nos grupos de internos, faz novas amizades, etc. Esta aprendizagem de uma nova vida é mais ou menos rápida, dependendo do tempo que estará sujeito à prisão, do tipo de atividade que nela realiza, sua personalidade, suas relações com o mundo exterior, etc. A prisionalização, enfim, tem efeitos negativos à ressocialização que o tratamento dificilmente poderá evitar”.

Diante de tais imputações pode-se afirmar que prisionalização é uma forma de aprendizagem que resulta em um processo dessocializador, fato que é totalmente contrário ao objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade. Por

este processo de prisionalização o indivíduo que é submetido ao meio carcerário vai se adaptando àquela vida interna, adotando os usos e costumes que ali vigoram, como por exemplo, a maneira de empregar as palavras – linguagem –, forma de comer, vestir. Essa aprendizagem dessa nova vida interna vai se manifestando de acordo com o tempo que o indivíduo é submetido à prisão, com sua personalidade, sua relação com o mundo externo, esses fatores fazem com que esse processo seja mais rápido ou mais lento.

De acordo com Pimentel (s.a, s.p.) apud Trindade (2003, p.43-44):

“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 sendo *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*”.

Na verdade, o que ocorre é uma adaptação ao meio carcerário de quem está adentrando no mesmo, assim, ele vai adequando aos padrões da prisão e distanciando cada vez mais dos padrões de comportamentos de uma vida social em comunidade.

De acordo com Farias Júnior (pg. 310):

**Prisionalização** é o processo pelo qual o indivíduo vai assimilando dia a dia os influxos deletérios da prisão e, por via de consequência, vai potencializando-o para o crime, acomodando-o à vida carcerária e distanciando-o de valores e padrões sociais normais. Pouco a pouco ele vai se integrando aos costumes, valores e normas comuns aos detentos. Ao mesmo tempo vai se estigmatizando e se criminalizando.

É justamente de pouco em pouco, dia após dia que o indivíduo vai se conformando com a vida carcerária e distanciando cada vez mais dos valores sociais normais que regem o ambiente externo da prisão. Isso faz com que o recluso vai se criminalizando e se estigmatizando se entregando aos valores, costumes e normas do meio prisional que cada recluso tem de obedecer.

Quanto aos efeitos que a prisionalização pode ocasionar, João Farias Júnior dá ênfase a algumas questões, como por exemplo, a carência afetiva e o mal psíquico, a ânsia de fuga, abstinência sexual que pode levar à impulsividade sexual

contra companheiros de celas ou ao ataque por parte dos mesmos. Para ele, o indivíduo prisionizado e criminalizado quando volta para o convívio em sociedade não tem outra alternativa ao não ser o crime, pois mesmo que quisesse se interrelacionar socialmente, irá encontrar uma grande rejeição por parte da sociedade, o que se trata de um martírio do ex-presos. Assim, ele irá buscar quem o aceite, é justamente onde entram seus comparsas de crime e a sua contribuição para reincidência.

Ainda sobre os efeitos da prisionalização, Oliveira (2007, p.109) tentar elencar:

Na prisionalização – a adoção, em maior ou menor grau, de usos, costumes, tradição e cultura prisional –, situam-se os problemas humanos do preso: a) insegurança; b) embrutecimento; c) solidão; d) indolência; e) abandono da família; f) frieza efetiva; g) desconfiança; h) desajuste sexual; i) incertezas quanto ao futuro livre.

Tentando explicar e elencar alguns dos problemas humanos que se situam no preso perante a prisionalização, tanto em maior como em menor grau da aculturação prisional, certos problemas podem surgir, como por exemplo, o embrutecimento, a solidão, desconfiança, desajuste sexual. Esses efeitos sempre farão parte da prisionalização, o que pode danificar excessivamente a vida comum do encarcerado e seus preceitos sociais.

Apona ainda Farias Júnior (pg. 311):

Na Penitenciária Talavera Bruce, distribuiu-se um questionário com perguntas “relativas aos efeitos da prisão, onde as detentas sustentaram que o castigo experimentado é proporcional ao crime cometido; que a monotonia do ambiente acarreta brigas, abusos, homossexualidade, esta despertada não por estarem totalmente desvinculadas da sociedade, como também pela falta de contato com o sexo oposto”.

No dado estatístico acima mencionado, a Penitenciária Talavera Bruce que é destinada a reclusas femininas, foi feito um questionamento para se tentar verificar alguns efeitos que decorrem da prisão, sem muita novidade e o que já era mais ou menos esperado, as reclusas apontaram que o ambiente carcerário faz com que brigas, abusos e homossexualidade sejam geradas, quanto este último dado apontam ainda que o fato de estarem longe do contato com sexo oposto isso auxilia na contribuição para a homossexualidade.

Atente-se que todo indivíduo que adentra a um estabelecimento prisional, por mais que ele tente manter-se longe da influência criminal ele será atingido, pois ao entrar em um estabelecimento ele já está se convertendo a uma figura anônima, desconhecida, e será subordinado a um grupo, pois assim, é a “lei” que rege perante os reclusos. Por outro lado, o processo de prisionalização pode ser mais elevado ou menos abrangente dependendo de alguns fatores. Segundo Clemmer (s.a., s.p.) apud Bitencourt (1993, p.172), para que ocorra uma prisionalização em grau elevado, é preciso se fazer presentes alguns requisitos, por exemplo: a) longa condenação na prisão; b) personalidade instável; c) falta de convívio com pessoas externas, ou seja, que estão fora da prisão e podem auxiliar numa influência positiva; d) aceitação dos dogmas e princípios da sociedade carcerária; e) interesse em participar nas práticas sexuais anormais; f) contato com pessoas de orientação similar, ou seja, que de certa forma estão completamente ou parcialmente corrompidos pela subcultura carcerária. Já para que ocorra um processo de prisionalização menos elevado os requisitos são os seguintes: a) curta condenação na prisão; b) personalidade equilibrada; c) relações sociais com pessoas fora da prisão; d) inaceitação dos dogmas e princípios da sociedade carcerária, mantendo certos valores da comunidade externa; e) desinteresse pelas práticas sexuais anormais; f) ser colocado em uma cela onde não possui outros reclusos de liderança e que não estejam corrompidos pela subcultura carcerária. Apesar da tese mencionada, não há um estudo satisfatório que comprove isto, portanto, nem todas pessoas submetidas a uma pena de prisão por um prolongado tempo se converterão para o mundo criminal.

O que verdadeiramente deve ser levado em conta é a análise de cada caso em concreto, pois tudo deve ser levado em conta de acordo com a influência de aspectos particulares de cada indivíduo. Assim, independentemente do grau de prisionalização que o recluso sofreu dentro da prisão, ele poderá ou não se entregar ao crime novamente gerando sua reincidência, portanto, alguém que se entregou completamente à subcultura carcerária quando preso, pode não ocasionar na reincidência, de outro lado, quem não se entregou à subcultura carcerária pode apresentar maiores probabilidades de reincidência. Por isso, pode-se afirmar que a relação entre a prisionalização e a conduta do recluso quando sai em liberdade não está definitivamente esclarecida, onde a reincidência será uma faculdade. Ainda

sendo assim, não pode excluir a prisionalização como um fator que atenta contra a ressocialização do delinqüente.

### **7.3 A Superlotação dos Presídios e a Ociosidade da População Carcerária**

Como ensina Pedroso (2002, p.164-165), em 1930 decorrente da superlotação das celas nos presídios da época, casos de tuberculoses dentre outras doenças pulmonares, se proliferavam dia após dia nas masmorras úmidas da prisão. Sob descaso e falta de tratamento médico a esses reclusos, uma enorme quantidade de óbito registrado na Casa de Detenção entre 1933 a 1937, se perfez. Diante da insalubridade e outros fatores infectos do ambiente carcerário, numa somatória de sessenta e cinco mortes nesse período, trinta e um foram causados por doenças pulmonares, ou seja, quase 50% dos óbitos registrados. A mesma situação ocorreu na Casa de Correção do Rio de Janeiro, também a partir de 1930. Assim, não só a superlotação como doenças, morosidade no tratamento, falta de verbas e medicamentos, passaram a ser considerados problemas que atentavam contra profilaxia “social” e “física” dos presos, algo totalmente contrário à idéia original. A superlotação passou a ser um problema constante nas nos moldes prisional brasileiro, que foi agravada por volta dos anos 30 do século XX devido a conflitos sociopolíticos, mas ela também esteve presente no século XIX.

Apointa Sarubbi e Rezende (1997, p.16-17) que, juristas, médicos, psicólogos, sociólogos, políticos e demais pessoas interessadas sobre o aspecto prisional brasileiro levando em conta os direitos humanos, passaram a estudar tal sistema mergulhando-os na criminologia, os resultados obtidos durante anos de elementos reunidos eram cada vez mais insatisfatórios, notou-se uma total reversão da finalidade da pena que tanto era idealizada. Tais dados foram se transformando em notícias ganhando também o conhecimento da sociedade. A superlotação carcerária foi caracterizada como um fator criminógeno da prisão, rebeliões e revoltas nos estabelecimentos penais representavam o fracasso do sistema penitenciário, e o que antes tinham como justificativas a lentidão da solução dos pedidos de benefício, a assistência judiciária, maus tratos e raramente às condições

da prisão, passou a ter também como um dos principais argumentos o excesso de presos nas celas.

Sobre este ponto ainda, declara Ary Sarubbi e Afonso Celso F. Rezende (1997, p.17):

(...). Eram estampadas em grandes manchetes pelos jornais e TV, mortes entre sentenciados provenientes de rixas entre quadrilhas, outras pelo método de sorteio e tido como um dos meios para a aquisição de mais espaço nas celas, promiscuidade, homossexualismo coercitivo, mistura de presos primários com detentos de alta periculosidade (*alguns psicopatas*) sem o cumprimento das mais elementares normas de classificação, graves dissensões em nível pessoal entre funcionários e reclusos, destruição por incêndios das já minguadas instalações e apreensão de reféns. O sistema mostrava-se falido e praticamente abandonado no seu geral, verdadeira visão de um caos.

Mostra ainda o referido autor que além das manchetes que passaram a demonstrar de certa forma a falência do sistema prisional brasileiro, como as referidas mortes de sentenciados resultantes de rixas de quadrilhas ou pelo método de sorteio, onde um dos reclusos de uma determinada cela era escolhido para ser morto com intuito de ganhar mais espaço nas celas, além do homossexualismo coercitivo e o descaso com a individualização da pena por não haver uma separação, nem se quer mínima, de presos reincidentes e com alta periculosidade de presos primários; também mencionou uma pesquisa feita por tais autores, que mostrou um equivalente de 5 milhões de dólares gastos pelo governo paulista no ano de 1995 e 1996, dinheiro destinado somente para as reformas de penitenciárias e cadeias resultante das rebeliões que ocorreram devido à superlotação populacional carcerária.

De acordo com Gomes (2000, p.32):

A prisão dessocializa, em razão da superlotação, de seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; cortando o vínculo com a sociedade, família, trabalho, etc.

Resultante da própria natureza da prisão algumas mazelas já existem inicialmente, muito mais malefícios surgem devido à superlotação da mesma, resultando em um tratamento desumano e cruel com os prisioneiros que passam a viver em um meio totalmente inadequado e contrário às próprias finalidades

idealizadas pela pena, ou seja, retributiva, preventiva e reintegração social do apenado, deixando essas finalidades cada vez mais longe de serem alcançadas.

Devido à falta de lugares pessoas iam se entulhando cada vez mais, chegando certas vezes a um espaço menor que ½ metro quadrado. De acordo com uma reportagem elaborada pela Folha de São Paulo, assim mostra Folha Online (2010, s.p.):

Na Penitenciária 3 de Franco da Rocha, mais de 1.500 presos estão amontoados em um local onde só cabem 600. A água é racionada – só dura três horas por dia. São 72 celas, pouco ventiladas, quase sem iluminação e superlotadas, com até 50 homens em um espaço de 20 metros quadrados.

Essa situação não é incomum, como revela reportagem da Folha publicada hoje. Em São Paulo, das 72 penitenciárias de regime fechado, só quatro não estão superlotadas – Avaré 1, Araraquara, Presidente Venceslau 2 e a de segurança máxima de Presidente Bernardes.

Nos Estado, há quase um terço da população carcerária do país: 158 mil detentos e 99 mil vagas. (...)

Como mostra a reportagem publicada pela Folha de São Paulo, a situação da superlotação atinge quase todos os estabelecimentos penitenciários paulistas, a maioria esmagadora sofre este dado. Portanto a superlotação carcerária é um problema que está presente no dia a dia dos estabelecimentos penais, e trata de um fator que merece solução, pois sua aparição em nada auxilia para a ressocialização do apenado.

Como mostra Sarubbi e Rezende (1997, p.18-19), no Brasil, em 1980, um grupo de alunos da área de especialização em Direito Penal, mais precisamente do 5º ano do Curso de Bacharelado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, promulgaram uma pesquisa visando responder quais eram os principais problemas do sistema penitenciário brasileiro. A conclusão de tal pesquisa apontou em primeiro lugar a superlotação carcerária dos presídios como sendo o maior problema averiguado, em segundo lugar veio à falta de reeducação do preso e em terceiro a falta de profissionalização para os mesmos. Nesta lista também se encontravam a reincidência, falta de senso escolar nos presídios, falta de separação dos presos por grau de periculosidade, etc.

Sobre essa questão da superlotação nos estabelecimentos penais, acentua Ruotolo (2004, p.39):

b) La reforma penitenciaria, afianzando la vigencia de los derechos de las personas privadas de libertad, garantizando el cumplimiento del derecho a condiciones carcelarias dignas y mejorando los mecanismos de control, debe realizarse em el marco de um proceso de reforma integral del sistema penal que tienda a la utilización mínima del encierro carcelario como herramienta de política criminal. En este sentido, es de fundamental importancia la regulación normativa a nivel nacional e internacional que prohíba de manera absoluta la sobrepoblación carcelaria obligando a los Estados a la utilización de otros mecanismos de coerción.

Embora a crítica do citado autor tenha sido referida ao sistema penitenciário da Argentina, o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso do Brasil, que sofre críticas nestes mesmos pontos. De acordo com o autor, deve-se ter um melhoramento no controle e nas condições carcerárias das pessoas condenados por pena privativa de liberdade, e ainda, deve haver um processo de reforma integral do sistema penal, contribuindo cada vez menos com pessoas encarceradas, fazendo com que o Estado se utilize de outros mecanismos de coerção, e não da prisão.

Observa Farias Júnior (1996, p.414):

Mesmo que o País dispusesse de recursos para construir o número de vagas que a realidade prisional reclama, não solucionaria o problema prisional, pois o cortejo de males intrínsecos das prisões é tão numeroso e de tal inerência que não seria possível saná-lo a não ser por uma mudança estrutural de toda a sistemática penal.

Embora sejam muitos os problemas de superlotação carcerária, este fator não esta isolado, seguindo essa dificuldade constante em nossos estabelecimentos penais também se encontram outros problemas pertinentes, como a violência que decorre da própria natureza da prisão e ganha auxilio na superlotação. Não é sensato dizer que é fácil acabar com tal dificuldade, pois nem mesmo a construção de mais presídios irá amenizar a situação, o problema enfrentado por nosso sistema prisional hoje em dia deve ser visto como um todo, levando em considerações não somente a superlotação carcerária, mas também outros fatores, e adotando uma política criminal desse porte, e que se diga por passagem haja tempo, é que se pode amenizar a situação de maneira efetiva.

Assim, fica evidente o abuso cometido ao principio da humanidade e dignidade da pessoa humana, onde os seres humanos passam por tratamentos de animais ou coisas. A estrutura é totalmente degradante, e serve realmente para um estímulo à prática de novos crimes, pois esse fator desumano contribui e muito para

o maior número de reincidência, outro problema que será aprofundado logo em seguida.

#### **7.4 Problema da Reincidência no Sistema Carcerário**

Conforme menciona Foucault (s.a., s.p.) apud Gomes (2000, p.31-32) a respeito do fracasso da prisão:

(...). Foucault, por exemplo, depois de assinalar que a prisão sempre foi denunciada como “o grande fracasso da justiça penal”, recorda algumas delas, produzidas entre os anos 1820-1845 (e que continuam mais atuais do que nunca): a) “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; b) provoca a reincidência; c) não pode deixar de fabricar delinqüentes, mesmo porque lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração (dentro dela nascem e se desenvolvem as carreiras criminais); d) favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; e) as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência; f) a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento”.

Portanto, assim como fora mencionado, tais críticas que se desenvolveram sobre as prisões entre os anos de 1820 e 1845, continuam, contudo, vigentes ainda hoje em nossos estabelecimentos penais. São notórias tais ocorrências citadas, pois a figura pregada hoje em dia, é exatamente a de que a prisão serve como escolas para aqueles que nelas adentram, formando acima de tudo, carreiras criminais. A reincidência segundo a crítica mencionada se mostra em relevância, pois tais dados contrários à prisão ainda estão em pauta, onde são muitos os meios que provocam o resultado recorrente, pois a prisão continua a não diminuir a taxa de criminalidade, fabricar delinqüentes, favorecer a organização de um meio de delinqüentes, por exemplo, o PCC (Primeiro Comando da Capital), além das condições dadas aos detentos libertados, pois não é fácil para um ex-presidiário conseguir certos tipos de emprego não tendo nenhum programa específico para essa reinserção na sociedade.

Um exemplo mais claro é mostrado pela Presidência da República, assim Brasil (2001, p.37):

Segundo relatório de um órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), no Rio Grande do Sul, o índice de pessoas que voltam a cometer crimes após cumprir penas alternativas é de 12,54%. Já a reincidência dos sentenciados que passaram por presídios e penitenciárias é de 85% segundo o último censo penitenciário nacional. (...)

O índice, embora seja de 2001, é capaz de mostrar a precariedade das prisões e dos tratamentos prisionais, a ponto de se afirmar que a prisão não recupera, portanto, não cumpre seu caráter ressocializador, mas as penas alternativas, ao contrário das penas privativas de liberdade, alcançam essa devida recuperação.

O elevado *índice de reincidência* é algo constante não só no Brasil, mas também em outros países, como mostra Bitencourt (1993, p.149):

(...). As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%. Glaser cita um índice de reincidência da década de sessenta que oscila entre 60 e 70%, nos Estados Unidos. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60, 3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando não, inexistentes), sendo este um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinqüência não diminui em toda América Latina (...).

Apontando certas porcentagens do índice de reincidência em alguns países, é fácil chegar à conclusão de que o sistema penitenciário tradicional não se mostra eficaz na reabilitação do delinqüente, e sim se mostra como uma maneira de reforçar os valores negativos dos reclusos. Dos países apontados, ou seja, Estados Unidos, Espanha e Costa Rica, nenhum teve índice de reincidência abaixo de 40%, por outro lado, a porcentagem chegou até os incríveis 80%. Portanto a pena privativa de liberdade é resultante de situações desanimadoras.

Outro exemplo, fora do Estado de São Paulo e que teve grande repercussão pública, foi o caso de Vila Velha – ES, como informa a reportagem publicada no Terra, conforme mostra Gorriti (s.a., s.p.)

Duas celas do Departamento de Polícia Judiciária (DPJ) de Vila Velha, na região metropolitana de Vitória (ES), tiveram de ser temporariamente interditadas nesta terça-feira. Elas estavam cheias de fezes, sujeira e muito lixo. Parte do entulho e da terra retirados do local eram parte de um túnel de quase 8m de extensão aberto pelos presos, e descoberto em uma das celas ontem por policiais. Segundo o Governo do Estado do Espírito Santo,

com a inauguração do Centro de Detenção Provisória (CDP) de Guarapari, foi iniciada uma transferência gradativa dos presos do DPJ de Vila Velha.

(...)

Nesta terça-feira dez presos foram transferidos para o Centro de Detenção Provisória (CDP) de Guarapari. Mas, a situação no DPJ de VV ainda é crítica. Mais de 250 presos ocupam um espaço onde por lei só deveriam estar 36 pessoas. Presos também ocupam a recepção da unidade.

(...)

Assim, fica evidente o abuso cometido ao princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana, onde os seres humanos passam por tratamentos de animais ou coisas. A estrutura é totalmente degradante, e serve realmente para um estímulo à prática de novos crimes, pois esse fator desumano contribui e muito para o maior número de reincidência. É inaceitável que em um espaço elaborado para comportar 36 detentos, conte com mais de 250 presos.

De acordo com Reale Júnior (s.a., s.p.) apud Sarubbi e Rezende (1997, p.20), deve haver um processo de assistência social capaz de viabilizar a aceitação do preso no seu retorno à liberdade, pois se isso não ocorrer o caminho será a reincidência. Portanto, antes de qualquer atitude, deve haver um processo de assistência social muito bem elaborado, capaz de atingir internamente o próprio recluso e a sociedade, pois nada adiantaria bons resultados perante o recluso, se a sociedade continuar a criminalizá-lo mesmo depois do seu cumprimento de pena. Essa conscientização da sociedade também é muito importante no combate à reincidência.

Portanto, a responsabilidade do fracasso das prisões deve ser atribuída ao sistema penal como um todo, e não somente ao nível de reincidência, este que mostra somente o resultado de que pessoas voltam a praticar delitos, mas não diz exatamente o porquê assim o fazem.

## **7.5 As Facções Criminosas no Interior dos Presídios Brasileiros**

Conforme Salla (2003, p.20) apud Freire (2005, p.152-153):

“[...] as rebeliões são eventos sempre descontentes, uma vez que representam a negação pública da premissa fundamental sobre a qual a prisão repousa, que é a de que funcionários e administradores têm sobre os presos um poder inquestionável. As rebeliões são momentos extremos de

ruptura da 'ordem' existente, por meio dos quais os presos opõem sua resistência aos mecanismos de funcionamento e controle dentro da prisão e à própria condição de encarcerados."

Como ensina Freire (2005, p.152-153), o nível da auto-organização atingidos pelas facções e rebeliões que se encontram dentro dos estabelecimentos prisionais, se mostram como formas de manifestação às verdadeiras condições que são empregadas nos estabelecimentos penais, bem como as suas mazelas. Essas manifestações interrompem, certas vezes, os muros da prisão, resultando em descontroles violentos.

Como mostra Jozino (2008, p.79):

(...) Antes dela, em fevereiro de 2001, após a primeira rebelião em série registrada em São Paulo e no Brasil, outras presas foram batizadas no Primeiro Comando da Capital. Duas não tiveram muito tempo para fechar com o PCC. Eram as "irmãs" Selma e Lenita. Foram assassinadas durante a guerra interna do Partido do Crime pela disputa de poder. A primeira foi acusada de traição e de tentar criar um grupo rival ao Primeiro Comando da Capital.

Segundo a citação mencionada, pode-se dizer que há uma disputa dentro dos próprios presídios, onde facções criminosas lutam pelo poder. É como se outras regras, totalmente distantes das que seguimos coletivamente, existissem dentro dos presídios, os detentos, não todos, mas boa parte deles se divide entre facções podendo ser seguidos pela vida toda pelo adversário. Quem adentra ao PCC, dificilmente poderá sair caso em que poderá responder com a própria vida.

Ao abordar sobre uma transferência dos principais membros do PCC, em maio de 2006, no Estado de São Paulo, onde desapontados os membros do PCC resolveram reagir, aponta Jozino (2008, p.239):

Na capital, o exército do PCC atacava os policiais civis e militares. Eles foram pegos de surpresa. Os integrantes da facção criminosa não pouparam nem os homens do Corpo de Bombeiros. Um deles, na Casa Verde, Zona Norte, foi executado a tiros. Segundo especialistas em segurança e representantes de entidades de classe das Polícias Civil e Militar, o governo estadual errou ao transferir os presos e não ter alertado as forças de segurança sobre uma possível represália.

Portanto, isso mostra o tamanho da facção criminosa mencionada, chegando até mesmo elaborar uma espécie de leis vigente entre eles, o que denomina Código do PCC. Também pode-se mostrar os riscos que ela representa à

sociedade, as ondas de ataques foram manchetes em vários jornais do Estado. Referente às penitenciárias, um número muito grande de integrantes vivem na mesma, assim, é fácil de detectar que dentro dos presídios onde prevalece aqueles que tem mais força, grupos de facções criminosas é que detêm o poder, onde brigas e disputas são acirradas para ver quem realmente terá a posse de tal lugar.

Assim, aqueles que são postos a cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais, muitas vezes passam a integrar um desses grupos, seja pelo medo, seja pela lavagem cerebral, pois os membros tentam convencer mais e mais pessoas a integrar sua facção.

## **8 CAPÍTULO VII – ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

Por tratar o presente caso defendido neste artigo um tema recente em nosso país que a muito pouco tempo passou a estudar tal sistema, poucas obras doutrinárias foram encontradas, devendo receber um tratamento especial a obra de Edmundo Oliveira que, por enquanto, mais se aprofundou no tema, recebendo este capítulo muitas citações referente a este autor.

Antes mesmo do surgimento do monitoramento eletrônico propriamente dito, algumas considerações devem ser levadas em conta. Sendo assim, “*a nascerça do monitoramento eletrônico adveio do progresso tecnológico em televigilância*” (OLIVEIRA, 2007, p.15). Ele surge para auxiliar na busca contra a superlotação carcerária, reduzindo dessa forma a taxa de reincidência.

De acordo com Cardet (2003, p.28-76) apud Oliveira (2007, p.15-16), ainda no antigo Império Romano existia a figura da prisão em domicílio aplicada aos processos penais inquisitórios, essa era a chamada *custódia livre* – prisão domiciliar – que permitia que a pessoa permanecesse em seu domicílio, porém, esta era guardada por soldados ou um tutor nomeado pela justiça penal daquela época. Mais adiante desse período, físicos desenvolvem vários trabalhos, um distante do outro e não conjuntamente. Primeiro veio a teoria ondulatória da luz, depois a vibração e comprimento das ondas, e por fim a eletromagnética. Tais teorias foram muito

importantes para o sistema de telecomunicação ou também chamada de *teledetecção*. Outros eventos que devem ser expostos são: a invenção do telefone (1876); invenção do telégrafo sem fio e o impulsionamento da radiodifusão (1897).

Ainda Oliveira (2007, p.17), em 1919, sinais de rádio para descobrir navios e aeronaves passaram a ser utilizados pelo Exército dos Estados Unidos, o que era permitido devido as ondas eletromagnéticas que refletiam a passagem de objetos maciços. O surgimento dos magnetômetros que ficavam instalados a bordo dos transatlânticos, que ocorreu em 1935, detectavam *icebergs*. Na Segunda Guerra Mundial já era possível se observar alguns dispositivos capazes de identificar e seguir alvos em movimento através das ondas artesianas. Mas foi a invenção do transistor que mais se aproximou nas idéias de telecomunicação em seres vivos. A medicina também evoluiu, passaram a existir inventos capazes de checar a temperatura do corpo e da pressão sanguínea sem agressão ao corpo humano, além de muitos outros avanços. Em 1962, nos Estados Unidos, tubarões passam a ser monitorados por um dispositivo que é conectado a sua nadadeira dorsal, mais tarde vários animais também passaram a ser monitorados para eventuais estudos de pesquisadores. É o surgimento do GPS (Sistema de Posicionamento Global).

Assim, surgiu ainda enfraquecida, a possibilidade da utilização do monitoramento eletrônico diante da Justiça Penal nos infratores, que foi se reforçando durante o passar do tempo.

### **8.1 Formas de Aplicação do Monitoramento Eletrônico na Atualidade**

Seguindo o ensinamento de Oliveira (2007, p.21), na atualidade há quatro tipos de utilização técnica do monitoramento eletrônico, são elas: 1) adaptação de uma pulseira; 2) adaptação de uma tornozeleira; 3) adaptação de um cinto; 4) adaptação de um *microchip* implantado no corpo humano, embora este ainda passe por estudos nos Estados Unidos e Inglaterra. De tais dispositivos citados, saem sinais direcionados a um transmissor que fica no Centro de Controle do Monitoramento. Ainda há o suporte técnico de um telefone fixo de fibra óptica, que é destinado à casa do monitorado – infrator – para estimular a emissão de sinais. Estudos mais avançados tentam substituir o telefone fixo por telefonia celular,

mas, ainda não é eficaz. O transmissor é conectado a um satélite fazendo com que a localização exata do infrator seja mostrada, e graças aos avanços da tecnologia GPS tal sistema tem ganhado mais eficiência.

Explicando os efeitos vantajosos do GPS, Oliveira (2007, p.21) indaga o seguinte:

O GPS tem a vantagem de calcular a longitude, a latitude, a direção e a velocidade do portador do dispositivo o tempo todo. Ele é, também, importantíssimo para alertar o Centro de Controle do Monitoramento quando, por exemplo, o infrator penetra em uma *área de exclusão*, como escolas, *shoppings*, hospitais e parques públicos, conforme a determinação do Juiz.

O GPS é capaz de calcular a longitude, assim como a latitude, direção e velocidade do monitorado o tempo todo, sem pausas e sem interrupções. Isso é muito importante para alertar o Centro de Controle do Monitoramento, quando o monitorado invade uma *área de exclusão*, ou seja, uma área em que ele não pode freqüentar por determinação do Juiz como, por exemplo, escolas, shoppings e parques públicos. O GPS também se mostra muito importante para averiguar e descobrir acusações mentirosas, onde a inocência do infrator não poderá ser colocada em risco devido a qualquer picuinha injusta.

## **8.2 Monitoramento Eletrônico nos Estados Unidos**

De acordo com Oliveira (2007, p.27-28), os pesquisadores Dr. Ralph Schwitzgebel e seu irmão Robert Schwitzgebel, membros do *Science Committee on Psychological Experimentation* da Universidade de Harvard, Estados Unidos, podem ser considerados pais da prisão virtual por via do monitoramento eletrônico e sua vigilância via satélite. Em 1964, os pesquisadores elaboraram suas primeiras experiências de localização à distância de indivíduos. Eles criaram um sistema de vigilância rádiotelemétrico portátil, onde a primeira experiência do mencionado sistema se deu em Boston, com 16 (dezesesseis) jovens voluntários, condenados e reincidentes que usufruíam de liberdade condicional na época. Ainda sem

movimentação qualquer de satélite, duas caixas com aproximadamente um quilo no total foram colocadas sob as camisas dos jovens, uma caixa continha as baterias, e a outra um emissor que era capaz de enviar um sinal codificado diferente para cada indivíduo, tais sinais eram transmitidos para receptores que ficavam no forro da casa dos jovens e eram retransmitidos para uma antiga estação de controle de mísseis, permitindo localizar os detentos por um perímetro de 400 metros. Posteriormente, em 1971, uma outra experiência se designou, esta em Saint-Louis, também Estados Unidos, era aplicada em um programa totalmente voltado para jovens detentos antes do julgamento, com o único intuito de reduzir a taxa de suicídios que era constatada entre eles. Porém, foi em Albuquerque, Estado do Novo México, nos Estados Unidos, em 1977, que o Juiz Jack Love ao se interessar pelas localizações eletrônicas dos animais pensou no desenvolvimento do monitoramento eletrônico via satélite para presos. Não foi muito fácil convencer a Administração Judiciária de Albuquerque para aceitarem o experimento de um aparelho receptor que deveria ser preso ao pulso, nem mesmo, fabricantes de computadores para desenvolver esses dispositivos, luta que perdurou por quatro anos, até que então Love conseguiu convencer o executivo Michael Gron – da empresa de informática *Honeywell* –, a produzir uma espécie de bracelete para o feito. Assim nasceu, a *National Incarceration Monitor and Control Services*, a primeira empresa que produziu instalações eletrônicas para o controle de seres humanos.

Indaga Oliveira (2007, p.28-29):

(...) Em 1983, após ter usado, em si mesmo, o bracelete, durante três semanas, o Juiz Love ordenou o monitoramento de cinco delinqüentes, entre os quais, um estuprador que havia infringido as regras do livramento condicional. O *electronic monitoring* (chamado também *tagging*) estava lançado. Ele expandiu-se rapidamente em formas de projetos-pilotos, em Washington, depois na Virgínia, Flórida, Michigan, Califórnia e Alabama, sucessivamente. No final de 1986, quarenta e cinco programas estavam sendo aplicados em vinte e seis Estados norte-americanos.

Após fazer um experimento de três semanas em si mesmo, o Juiz Jack Love, ordenou que cinco delinqüentes fossem monitorados, essa decisão data no ano de 1983, lançando a tona o *eletronic monitoring* – também chamado de *tagging* – que logo se expandiu por outros Estados, como Washington, Virginia, Flórida,

Michigan e Califórnia. O número de Estados norte-americanos que passaram a aplicar o monitoramento eletrônico somava ao final de 1986, vinte e seis Estados.

Explica ainda Oliveira (2007, p.30-32), num período mais próximo dos dias atuais, pode-se afirmar que quarenta e seis estados aplicam tal sistema nos Estados Unidos, onde um preso encarcerado custa em média quarenta e cinco dólares por dia, já um preso monitorado custa cerca de quinze dólares por dia, ressaltando que dentre esses quinze dólares mencionados, estão as despesas e os gastos com o pessoal que trabalha na administração e na manutenção dos equipamentos. Mensalmente, o estado gasta cerca de 1.350 dólares por preso encarcerado, enquanto ao infrator monitorado é gasto no máximo 450 dólares ao mês. Também, há ainda, experiências avançadas quanto a conexão do monitoramento a um aparelho celular, embora o custo estimado será mais elevado que o do telefone fixo. A aplicação inicial desse sistema de monitoramento, se deu à jovens menores, onde a finalidade era evitar suicídios entre os mesmos. Hoje, além dos menores infratores, os infratores do trânsito e de infrações com drogas, justificam a maioria dos monitorados, onde além do controle que é produzido existe também assistência socioeducativa em tais programas de monitoramento eletrônico. Só pode se beneficiar de tal sistema aquele indivíduo que passa por um exame psicológico para verificar se ele é capaz de se adequar ao uso do monitoramento e das regras ditadas pelo Juiz. Crimes que causam maiores incômodos à sociedade, como é o caso da violência sexual não podem integrar o sistema de monitoramento. A legislação federal dos Estados Unidos adequou o monitoramento eletrônico como uma alternativa ao *sursis* tradicional e à liberdade condicional, já os Estados associam-no como penalidades ou medidas de obrigação de residência fixa. Há ainda, a aplicação dessa medida durante a fase anterior a sentença do processo penal, sendo assim, pode-se afirmar que o número de monitorados chega a aproximadamente 100 mil.

As modalidades de aplicação do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos, já esta plenamente consolidada quanto ao emprego de uma tornozeleira ou pulseira, mas há testes sendo realizados na implantação de um *microchip*, porém, ainda não se aplica definitivamente.

### **8.3 Monitoramento Eletrônico em Outros Países**

Após o surgimento do monitoramento eletrônico nos Estados Unidos, outros países passaram também a adotar tal sistema, seguindo como base as orientações que foram dadas nos Estados Unidos, e também aplicando outras formas a serem seguidas.

Ensina Oliveira (2007, p.36), que na Europa os primeiros países a adotarem tal sistema foram a Inglaterra e o País de Gales, algo que se deu a partir de 1989, posteriormente Suécia e Holanda, em 1994 e 1995, também passaram a admitir tal sistema de vigilância. O dispositivo foi elaborado desde o seu surgimento como uma modalidade de execução da pena privativa de liberdade, onde é preciso passar por alguns requisitos para que o mesmo seja adotado, como o tipo de infração, levando em conta a sua gravidade, o consentimento do infrator e de sua família, desde que o mesmo possuía endereço fixo e uma atividade laborativa. É justamente assim, que a maioria dos países emprega tal sistema, seguindo mais ou menos essas premissas, além de outras.

Dentre os países que empregam o monitoramento eletrônico estão: África do Sul, Alemanha, Andorra, Austrália, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, Escócia, Espanha, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, Israel, Itália, Japão, Noruega, Nova Zelândia, País de Gales, Portugal, Singapura, Tailândia, Suécia e Suíça.

## **8.4 Monitoramento Eletrônico no Brasil**

### **8.4.1 Vantagens**

De acordo com Oliveira (2007, p.103-116), o monitoramento eletrônico aplicado para indivíduos à espera de julgamento, em prisão domiciliar, em condenação com pena de curta duração, ou ainda em cumprimento de pena na fase da execução penal, se mostrou de imediato um mecanismo adequado para: a) evitar a rotina da dessocialização do encarceramento; b) permitir novas oportunidades

para a vida familiar e comunitária do delinqüente; c) lutar contra a superlotação carcerária; d) diminuir os riscos de reincidência; e) reduzir os custos dos encargos atribuídos ao encarceramento.

Conforme Gomes (1995, s.p.) apud Sarubbi e Rezendo (1997, p.18), que na época era Juiz de Direito da 26ª Vara Criminal de São Paulo, mais precisamente em 1995, onde alegou em Simpósio sobre Sistema Penitenciário que *“Hoje, só chega a nós o auto de prisão em flagrante e a denúncia do promotor, depois de 18 dias de prisão, em média.”*, sobre isto Sarubbi e Rezende (1997, p.18) indagam:

Eis aí o tempo necessário (*talvez até menos de 18 dias*), para que um “simples” infrator primário, detido por causa de uma “bobagem feita”, possa vir a se tornar um perigoso criminoso, diante do “aprendizado” que poderá adquirir se misturado com outros de maior gravidade e verdadeiros *experts* na senda do crime.

Veja que o referido autor descreveu este tema em seu livro reportagem elaborado em 1997, com dados colhidos especialmente em 1995 e 1996, onde já existia um certo atraso da prisão em flagrante até que esta chegasse ao Juiz para julgá-la como mostrou Luiz Flávio Gomes. Esses 18 dias que permanece preso tal detento, pode se configurar em um dano irreparável e muito perigoso transformando o até então réu primário em um perigoso criminoso contribuinte da reincidência criminal.

Conforme Rabelo (2010, s.p.), noticiando sobre as situações dos presídios capixabas:

No próximo dia 15, o Conselho de Direitos Humanos da ONU vai analisar o relatório com 30 páginas e oito fotografias que detalham a precariedade das unidades prisionais, à prática de tortura e execuções sumárias de detentos (com requintes de crueldade), além do confinamento de presos em contêineres e celas superlotadas e sem nenhuma condição de higiene. Por mais graves que sejam as violações, o Conselho da ONU, porém, não tem caráter punitivo. Os membros podem apenas sugerir recomendações ao Brasil para que as arbitrariedades que afrontam os direitos humanos cessem.

Assim, fica demonstrada uma realidade fática, que atua nos estabelecimentos penais da época em que vivemos, mostrando o tamanho do malefício que a prisão pode ocasionar a alguém, por isso, alegar que a prisão

somente deve ser decretada em último caso, quando nenhuma outra forma de punição puder ser aplicada. Veja que o monitoramento eletrônico não surgirá como um mecanismo de se tirar todos os detentos das prisões, e sim, beneficiará no combate à superlotação carcerária e ao índice de reincidência, isto porque, alguém que é posto em um estabelecimento cujas circunstâncias foram mencionadas, ou seja, onde se aplica a tortura contra os detentos, execuções sumárias, confinamento em contêineres, celas superlotadas e sem higiene, trará resultados revoltantes para aqueles que ali passam a habitar, fazendo com que o indivíduo, muitas vezes fácil de recuperá-lo, pode se mostrar totalmente inconformado passando a ver o crime com outros olhos, tomando ódio daqueles que regulam o sistema e se despreocupando cada vez mais com a sociedade. Estes podem ser detentos primários, ou ainda, autores de delitos menos graves cuja sustentação da prisão nos moldes em que se encontra não se justifica para penalizar os mesmos.

De acordo com Médici (1979, p.33), fazendo menção às vantagens da prisão aberta, ele aborda o seguinte:

A principal vantagem da prisão aberta é a manutenção do condenado no convívio da sociedade, ainda que sua liberdade seja limitada e controlada. Como consequência, serão menores os efeitos psicológicos da pena em relação ao preso-albergado do que o recluso submetido à segregação celular. (...)

Além disso o regime aberto permite a continuidade da atividade laborativa do condenado, com maiores possibilidades de sustento da família. Esta não correrá tantos riscos de dissolução, pois o sentenciado mantém relacionamento direto e constante com o cônjuge, filhos e demais parentes. E, ao ver terminada sua pena, o condenado estará em plenas condições de voltar a uma vida normal, ao contrário do que ocorre com o egresso da prisão fechada, que encontrará muitos obstáculos, a começar pela obtenção de emprego.

A prisão aberta, embora de certa forma “debilitada” do nosso cotidiano criminal, sempre se mostrou muito mais eficaz que a pena privativa de liberdade em regime fechado, hora porque permitisse ao condenado manter o convívio social com sua família, não distanciando ele das normas sociais comuns à comunidade, hora porque ele pode continuar trabalhando, retirando de seu trabalho o sustento de sua família. Isso gera uma capacidade muito maior de ressocialização ao apenado do que o constrangimento de submetê-lo a um regime fechado, isolando-o do mundo social em que viveu fora da prisão.

Porém, quanto a este tema dois argumentos devem se tecer. O primeiro é que a utilização do sistema de monitoramento eletrônico irá aproximar mais o condenado a este fator ressocializador, como ocorre com o regime aberto. Assim, submeter o condenado a uma pena alternativa, entende-se esta por monitoramento eletrônico, isso significa que melhores condições para facilitar na sua reabilitação serão atribuídas, pois assim como no regime aberto, o indivíduo terá possibilidade de voltar ao relacionamento social com o mundo exterior à prisão, além do convívio com seus familiares. O segundo argumento que se deve levar em conta, é que além dos benefícios que isso irá trazer o Estado também estará aplicando uma segurança maior desses indivíduos, pois embora a casa do albergado tenha sido banida de nosso sistema, ainda é permitido solicitar a progressão ao regime aberto para os encarcerados desde que cumpridos os requisitos expressos em lei, porém, na prática o que acontece é que esse regime de progressão é cumprido em casa e não há qualquer fiscalização sobre estes detentos. Sobre isto, Mirabete (2006, p.259) indaga:

O regime de prisão aberta em residência particular (prisão domiciliar), indiscriminadamente concedido durante a vigência da lei anterior com graves prejuízos à defesa social, somente será admitido se o condenado for maior de 70 anos, se estiver acometido de doença grave, ou se tratar de mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental ou se for gestante (art. 117 da LEP). Entretanto, diante da falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena em regime aberto, a jurisprudência voltou a fixar-se no sentido de que, nessa hipótese, deve-se conceder a prisão em domicílio.

O regime aberto, ainda que de forma menos grave, ainda é uma parte da condenação, e não justifica deixá-la para ser cumprida em prisão domiciliar, como fora mostrado por Mirabete (2006, p.259), a falta de estabelecimentos penais fez com que essa possibilidade passasse a ser aceita pelas jurisprudências, é justamente assim que ocorre hoje em dia. A maneira mais eficaz de voltar a dar um tratamento adequado a esse regime hoje em dia, é o monitoramento eletrônico porque o Estado não irá gastar com a criação de estabelecimentos albergues, pois isso não se justifica, mas ao contrário, irá dar a este instituto a adaptação do monitoramento, assim, o regime aberto que está defasado sem fiscalização nenhuma, poderá voltar a ter eficácia e promover uma fiscalização efetiva.

De acordo com Braziliense, (2010, s.p.):

Cada preso do sistema penitenciário do Brasil custa, em média, R\$ 1,6 mil por mês. Com o uso das tornozeleiras ou das pulseiras eletrônicas, esse valor poderia cair para aproximadamente R\$ 400, sem incluir o gasto pessoal necessário para a manutenção da fiscalização.

A utilização do monitoramento eletrônico, além dos demais benefícios mencionados nesse capítulo, irá beneficiar ao Estado uma economia, pois, de acordo com a publicação citada, cada preso do sistema penitenciário brasileiro, custa em média R\$ 1.600 (mil e seiscentos reais), porém, com o uso de monitoração esse valor pode cair para R\$ 400 (quatrocentos reais), embora neste valor não esteja incluso o gasto necessário para a manutenção da fiscalização, mas, se comparando com outros países a tendência é justamente esta mesma, ou seja, de reduzir as despesas gastas pelo Estado diante do encarceramento.

Certos tipos de programas foram elaborados para auxiliar na reintegração social do apenado, porém, alguns fracassos já foram encontrados, como ocorreu com a empresa Prudendo na operação tapa-buracos, assim mostra Ferri (2009, s.p.):

Dois dos 20 presos que cumprem pena no semi-aberto da Penitenciária de Montalvão e trabalham na operação tapa-buracos em Presidente Prudente fugiram nessa quinta-feira (15) durante o expediente. A utilização de reeducandos na tarefa se deu após um convênio firmado na semana passada entre a Prudenco, a penitenciária e Fundação Professor Dr. Manoel Pedro Pimentel (Funap). (...)

Segundo o exemplo exposto acima, é demonstrado que a ressocialização do reeducando tentou ser buscada, porém, faltou controle, faltou monitoramento adequado. Algumas poucas oportunidades que surgem para contribuir com esse caráter ressocializador não são mais eficazes porque ainda há um descontrole, e isso põe em risco, tanto o empregador que queira contribuir como seus outros funcionários, e além da sociedade em geral, pois deve se atentar que o indivíduo está solto à rua sem qualquer tipo de fiscalização direta capaz de mostrar onde ele está.

Somente assim, ou seja, dando um tratamento mais humano e mais digno ao encarcerado é que principal finalidade da pena poderá começar a ser alcançada, qual seja, reintegrar o indivíduo à sociedade. Isso seria muito benéfico, até mesmo para evitar a reincidência.

Não havendo menção ainda sobre a aplicação desse sistema aos menores infratores, a lei poderá, ou pelo menos deveria, pensar melhor nessa questão. Pois se há um processo de prisionalização muito elevado entre adultos delinqüentes, em um mesmo processo sofrem os menores, que também não se justifica a abordagem de uma pena privativa de liberdade a um menor, onde os danos serão muito maiores do que são em um adulto. Conforme Rabelo (2010, s.p.) em uma reportagem dirigida ao Estado do Espírito Santo:

Em novembro de 2009, a Justiça Global enviou à Organização dos Estados Americanos (OEA) um pedido de medida cautelar em benefício dos adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socioeducativa (Unis). Entre abril e junho de 2009, três mortes e várias denúncias de tortura haviam sido registradas na unidade. A OEA determinou que o Brasil garantisse a vida e a integridade física dos adolescentes da Unis.

Até mesmo entre os menores, nos casos de adolescentes privados da liberdade, conforme uma denúncia feita à OEA – Organização dos Estados Americanos – a qual o Brasil é signatário, haviam abusos cometidos contra os menores infratores na Unidade de Internação Socioeducativa (Unis), onde três mortes já haviam sido computadas, mostrando assim, um exemplo claro de abuso por parte dos agentes contra a integridade física dos menores, mostrando uma das falhas que pode ocorrer com a privação da liberdade, e insisto, falhas estas que podem ocorrer em todo o sistema prisional, inclusive para os próprios menores. E mostrando tal revolta pelos menores, Rabelo (2010, s.p.), na mesma reportagem mostra que em fevereiro de 2010, a mesma comissão que visitou a Unis em novembro de 2009, lá retornou e as mesmas violações constatadas antes se mostraram presente, porém, uma diferença fora constatada, pois em uma das celas foi encontrado um grafite na parede bem grande, este mostrava a imagem de homens encapuzados portando armas de grosso calibre, e abaixo do desenho havia menção ao PCC – Primeiro Comando da Capital –, maior grupo criminoso do estado de São Paulo. Assim, fica uma ponderação a ser pensada, será esta a maneira mais adequada de ressocializar os jovens infratores? É óbvio que não, por isso deve ser apto o monitoramento eletrônico também para os jovens infratores, para se evitar danos maiores no futuro.

### 8.4.2 Críticas

Um das maiores críticas que sofre o monitoramento eletrônico é quanto o estigma social que leva à rejeição das pessoas, ou seja, aplicar um dispositivo – tornozeleira ou pulseira – que fica a vista no infrator perante toda a população poderá causar um dano efetivo muito grave ao monitorado. Essa discussão não se dá somente aqui no Brasil, mas em outros países que hoje adotam tal sistema já passaram ou ainda passam por tal debate. Como mostra Oliveira (2007, p.55) referente a uma forte crítica que se deu na França:

Esse bracelete tem causado discussões sobre o estigma social que leva à rejeição de pessoas sujeitas a uma condenação criminal. O Relatório Bonnemaïson já prevenia que “o dispositivo não deveria ser usado como uma nova matraca infamante, visível de toda população, gerando, assim, o pior dos controles sociais”.

Uma das alternativas na França quanto essa a discussão foi justamente a miniaturização do dispositivo, de acordo com autor mencionado, se fazendo parecer muito com um relógio de pulso para evitar uma demarcação ostensiva da criminalidade no indivíduo monitorado.

Outra crítica bastante debatida é quanto à pane do sistema de monitoração, ou seja, será ele cem por cento seguro em sua aplicação, pois todo sistema computadorizado pode ficar exposto à panes ou falta de energia. Explicando essa alternativa, Oliveira (2007, p.55-56) expõe:

(...). O receptor capta todas as operações: retorno, deslocamento, pane ou tentativa de violação do aparelho. Em uma falta de energia elétrica, o Centro é igualmente informado, e, durante a pane, o receptor continua funcionando graças a uma bateria que assegura 72 horas de autonomia. No caso de corte na ligação telefônica, o agente do Centro de Supervisão entra em contato com a operadora para conhecer o estado da rede e determinar se o defeito é proveniente do lugar onde foi instalado o equipamento. Durante o tempo de interrupção, o receptor registra todos os acontecimentos em uma memória (capacidade para mil eventos) e transmite ao Centro de Supervisão um relatório das atividades da pessoa monitorada, logo que a ligação seja restabelecida.

Como fora explicado, é justamente esse o procedimento aplicado na França, ou seja, mesmo diante de uma pane, queda de energia, ou até mesmo corte na ligação telefônica, o receptor-transmissor continua funcionando graças a uma bateria, que garante pelo menos 72 horas de funcionamento, ou seja, é capaz de ficar ligado durante três dias registrando todos os acontecimentos, que serão enviados ao Centro de Supervisão no primeiro instante que a ligação for restabelecida.

Apresentando uma opinião sobre o monitoramento eletrônico no Brasil, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante se mostrou contrário à implantação de tal sistema, conforme mostra o *Braziliense* (2010, s.p.):

Preocupado com a aprovação do projeto, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, diz que o texto agride a dignidade do ser humano. “O Estado está transferindo a pena do condenado da prisão para a família. Ninguém vai querer sair de casa com uma tornozeleira ou pulseira eletrônica”, acredita. “Essa proposta não tem a consistência necessária para reduzir a superpopulação carcerária. É subjetivo.” Ophir também cita a pressão dos empresários do setor. “Há uma insistência”, acrescenta ele, ao informar que a OAB deve criar uma comissão para analisar o teor do projeto.

O atual presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil entende que a aplicação do monitoramento eletrônico fere a dignidade da pessoa humana, pois ninguém que é submetido ao monitoramento irá querer sair de casa por estar marcado com uma tornozeleira ou pulseira, algo que resultará no estigma do indivíduo.

Uma nova crítica vem se firmando também em torno da utilização do *microship*, uma vez que fere a integridade física do monitorado.

O quadro abaixo mostra o modelo de funcionamento, conforme Ghirello (2010, s.p.):



## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passados séculos após o surgimento da pena, após várias manifestações no sentido de modificar o verdadeiro sentido da pena que antes era conhecida como prisão-custódia, surgiu depois de muito tempo a prisão-pena. Diante desta, muitos argumentos se persuadiram para justificá-la, dentre os principais estavam penas proporcionais, mais dignas e humanas para não interferirem na dignidade do delinqüente, que embora esteja preso, não deixa de ser humano, por isso não se justificava dar um tratamento de coisas ou animais àqueles que eram punidos pela prática de algum delito.

Mesmo com o passar dos séculos em que se aprofundaram essas questões, hoje em dia, totalmente com um conceito voltado para o bem do delinqüente encarcerado, ainda é possível se constatar violações a certos princípios que passaram a reger a nação mundial, inclusive a brasileira. Prisões em péssimas condições são algo que estão presente no meio em que vivemos, apesar da luta e das manifestações para que a pena chegasse a sua finalidade retributiva, tudo ficou em escritos, em doutrinas, em teoria. Na prática pode-se constatar algo que era criticado a séculos atrás, por isso, pode-se afirmar que a pena deixou sim de ser aplicada de forma desproporcional, como ocorriam com as mutilações, açoites etc., porém ela ainda continua sendo desumana ao passo que submeter pessoas em prisões inadequadas também comporta em uma desproporcionalidade. Portanto, a pena mudou de figura, mais continua sendo um malefício resultante da pena privativa de liberdade.

Após as mais variadas críticas ao sistema prisional, a superlotação, o problema da reincidência, a falta de perspectiva profissional, a prisionalização, o fator criminógeno da mesma, tudo isso faz com que o objetivo ressocializador da pena fique cada vez mais distante, onde o índice de reincidência é quem passa a ter um patamar mais elevado. Portanto, a pena privativa de liberdade só contribui para formar mais e mais criminosos, não se justificando sua aplicação a certos tipos de pessoas, uma vez que, um simples experimento com a prisão já pode ser o bastante para delinqüir alguém.

O monitoramento eletrônico se mostra eficaz na luta contra a superlotação carcerária, os riscos de reincidência que na atualidade são muito elevados, para promover um tratamento ressocializador da pena, algo que é totalmente ao inverso hoje em dia, podendo se admitir que a pena de prisão não ressocializa, mas sim dessocializa, além de permitir uma interação maior do monitorado com sua família e a sua vida em sociedade.

Um outro argumento que justifica sua aplicação em nosso país, é a redução dos custos atribuídos pelo Estado com o encarceramento, manter uma pessoa atrás das grades custa caro para o Estado, e isso se mostra ineficaz ao passo que a pena não respeita suas funções, portanto, encarcerar alguém, além de caro, de nada adianta na busca da ressocialização.

Manter um controle maior e mais seguro àqueles que são beneficiados com certos direitos que visam amenizar a prisão e evitar que ela seja totalmente aplicada, como ocorre no caso do livramento condicional, das chamadas “saidinhas” no regime semi-aberto, no indulto em datas comemorativas. Pois, tais benefícios são permitidos e aplicados na fase da execução da pena, porém, não há um controle adequado, sendo inúmeros os exemplos de fugas e até mesmo a prática de novos crimes durante esses benefícios.

Por isso, seguindo o exemplo de vários países, inclusive dos Estados Unidos que aplica o monitoramento eletrônico a mais tempo e ainda o prevê nos dias atuais, o Brasil, levando em consideração os benefícios que trouxe esse sistema aos países que o adotam, deve sim aplicar o monitoramento eletrônico não só como uma forma alternativa da pena privativa de liberdade, e com aplicação na fase de execução da pena, mas também como meio de prisão cautelar e à menores infratores, que são o futuro de amanhã, portanto, toda essa idéia de evitar o estigma e a prisionalização que decorrem do encarceramento, deve comportar também os menores que sofrem danos muitos maiores que os próprios adultos devido à prisão. Hora, se a criança de hoje será o adulto de amanhã, sua mentalidade deve ser conservada para que a mesma siga sua vida em comum acordo com as regras que regem perante a sociedade, não se justificando, desde cedo tratá-la como verdadeiros criminosos que devem estar atrás das grades, isso só contribui para a revolta em suas mentes, transtornando-os e fazendo sentirem raiva, ódio, se dedicando cada vez mais cedo ao mundo do crime.

Portanto, embora a Lei 12.258 tenha sido vetada quase que totalmente pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a mesma será reanalisada e conforme as mais variadas vantagens da aplicação desse sistema citadas nesse trabalho, a tendência da sociedade e também do legislador será efetivamente a da sua promulgação.

## 10 BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason – **Manual de direito penitenciário** – Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

AMARAL, José de Campos – **Direitos e garantias fundamentais: doutrina e jurisprudência** – Brasília: Brasília jurídica, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di, 1738-1793, CRETELLA, Agnes e CRETELLA JUNIOR, J (trad.) – **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev., 2. tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Paulo César Corrêa – **O crime organizado** – São Paulo: Unesp, 2002.

BRASIL, Constituição (1988) – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Presidência da República – **Balanço da cidadania** – Brasília: Presidência da República, 2001.

CAPEZ, Fernando – **Curso de direito penal: parte geral**, vol. 1 – São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco – **A prisão** – São Paulo: Publifolha, 2002. – (Folha Explica)

DOTTI, René Ariel – **Bases e alternativas para o sistema de penas**, 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS JÚNIOR, João – **Manual de Criminologia**, 2. ed., 2. tir. – Curitiba: Juruá, 1996.

FERRI, Enrico. CAPITANIO, Paolo (trad.) – **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**, 2. ed. – Campinas: Bookseller, 1998.

FERRI, Thiago – **Fogem dois presos que trabalhavam no tapa-buracos** – Disponível em:

<http://www.portaldoruas.com.br/portal/noticia.asp?id=13370>. Acesso em 23 de mar. de 2010.

FOLHA ONLINE. **Penitenciárias de São Paulo estão superlotadas; veja lista** – Disponível em:  
<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u699797.shtml>. Acesso em 15 de abr. de 2010.

FOUCAULT, Michel. RAMALHETE, Raquel (trad.) – **Vigiar e punir: nascimento da prisão** – Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, Christiane Russomano – **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)** – São Paulo: IBCCrim, 2005.

GHIRELLO, Mariana – **Monitoramento eletrônico de presos pode ser a alternativa a prisões**. Disponibilizado em:  
<http://www.aprovando.com.br/noticias/monitoramento-eletronico-de-presos-pode-ser-alternativa-a-prisoos>> Acesso em 10 de maio de 2010.

GOMES, Luiz Flávio – **Criminologia**. 6. ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). MOLINA, Antonio García-Pablos de – **Direito penal: parte geral**. Vol. 2, 2. tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio – **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães – **O princípio da proporcionalidade no direito penal** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GORRITI, Eliana – **Sujeira e superlotação interditam celas de DP no ES** – Disponível em:  
<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4106806-EI5030,00-Sujeira+e+superlotacao+interditam+celas+de+DP+em+Vitoria.html>. Acesso em 01 de mai. de 2010.

GRECO, Rogério – **Curso de direito penal**, 10. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas – **Caráter vingativo da pena** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JESUS, Damásio E. de – **Direito penal: parte geral**. Vol. 1, 29. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio E. de – **Direito Penal: parte geral**. vol. 1, 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

JOZINO, Josmar – **Casadas com o crime** – São Paulo: Letras do Brasil, 2008.

LEAL, João José – **Direito penal geral: propedêutica penal, teoria da norma penal, teoria do crime, teoria da pena, questões jurídico-penais complementares** – São Paulo: Atlas, 1998.

LUIZI, Luiz – **Os princípios constitucionais penais**, 2ª ed., rev. e aum. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MECUM, Vade – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira – **Prisão-albergue: doutrina, jurisprudência, legislação** – São Paulo: Jalovi, 1979.

MESSA, Ana Flávia – **Prisão e liberdade** – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MINGARDI, Guaracy – **O Estado e o crime organizado** – São Paulo: IBCCrim, 1998.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário** – São Paulo: Saraiva, 1975.

MIOTTO, Armida Bergamini – **Temas penitenciários** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini – **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini – **Manual de direito penal**, 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

MONITORING, Electronic – **Estratégias de intervenção positiva** – Disponível em: <http://www.uscourts.gov/fedprob/jun2005/intervention.html>. Acesso em 09 de mar. de 2010.

MUKAD, Irene Batista – **Prisão albergue** – São Paulo: Cortez, 1990.

NASCIMENTO, Lorena Lima – **Direito Penal** – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

NASSIF, Aramis – **O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08** – Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

NETO, Tourinho – **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. – v. 21 n.9. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25237/prisao\\_virtual.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25237/prisao_virtual.pdf?sequence=1). Acesso em 05 de mai. de 2010.

NORONHA, E. Magalhães – **Direito Penal**, vol. 01, 36ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena**, 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Edmundo – **Política criminal e alternativas à prisão** – Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEDROSO, Célia Regina – **Os signos da opressão: história e violência nas prisões brasileiras** – São Paulo: Arquivo do Estado, Imprensa Oficial do Estado, 2002.

PRADO, Luiz Regis – **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RABELO, José – **Governo Paulo Hartung viola direitos e expõe o País nas cortes internacionais**. Disponível em:  
[http://www.seculodiario.com/exibir\\_not.asp?id=5234](http://www.seculodiario.com/exibir_not.asp?id=5234). Acesso em 01 de jul. de 2010.

REPÚBLICA, Presidencia – **Lei n.º 12.258 de 15 de junho de 2010** – Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm)

RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUOTOLO, Marco – **Derecho de los detenidos y Constitución**. 1. ed. – Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

SARUBBI, Ary, REZENDE, Afonso Celso F. – **Sistema prisional na Europa: modelo para o Brasil?** – São Paulo: Peritas, 1997.

SOUZA, Paulo S. Xavier de – **Individualização da pena: no estado democrático de direito** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SPIGLIATTI, Solange – **SP assina contrato para monitoramento eletrônico de presos** – Disponível em:  
<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,sp-assina-contrato-para-monitoramento-eletronico-de-presos,609596,0.htm>

TRINDADE, Lourival Almeida – **A ressocialização...: uma (dis)função da pena de prisão** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

## 12 ANEXOS

Segue em anexo a Lei n.º 12.258, de 15 de junho de 2010, onde foi alvo de muitas vedações pelo atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 12.258, DE 15 DE JUNHO DE 2010.**

Mensagem de veto

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º (VETADO).

Art. 2º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 66. ....

V - .....

i) (VETADO);

.....” (NR)

“Art. 115. (VETADO).

.....” (NR)

“Art. 122. ....

.....  
 Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.” (NR)

“Art. 124. .....

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra.” (NR)

“Art. 132. .....

.....  
 § 2º .....

.....  
 d) (VETADO)” (NR)

“TÍTULO V

.....  
 CAPÍTULO I

.....  
Seção VI

Da Monitoração Eletrônica

Art. 146-A. (VETADO).

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - (VETADO);

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (VETADO);

IV - (VETADO);

V - (VETADO);

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.”

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de junho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto*

