

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

**PERSPECTIVAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
FRENTE AOS NOVOS POSTULADOS DE REEDUCAÇÃO PENAL**

Elisiane Cristina Boço

Presidente Prudente (SP)

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

**PERSPECTIVAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
FRENTE AOS NOVOS POSTULADOS DE REEDUCAÇÃO PENAL**

Elisiane Cristina Boço

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente (SP)

2004

**PERSPECTIVAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
FRENTE AOS NOVOS POSTULADOS DE REEDUCAÇÃO PENAL**

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

Orientador: Mário Coimbra

1º Examinador: Jussara Aparecida Cabilanca

2º Examinador: Fábio Fernandes Scandolieri

Presidente Prudente, 01 de Dezembro de 2004

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, e rir-se da honra, e tem vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, agradeço a Deus por ter me dado o dom da vida e a graça de poder concluir com êxito mais esta etapa de minha vida.

Às pessoas que mais amo, meus pais, Clóvis e Marlene, e minha irmã Viviane, que sempre estiveram ao meu lado me dando todo amor e apoio que eu precisava para nunca desistir e sempre seguir em frente; e por sempre acreditarem que eu seria capaz, mesmo quando eu duvidava.

Ao meu namorado Thiago, por seu carinho e companheirismo que sempre fizeram me sentir segura para prosseguir em busca de meus ideais; e por sempre ter me incentivado nos momentos de desânimo.

Agradeço ainda, às minhas amigas Elaine, Laís, Daniela, Bruna e Marcela, pelas incontáveis horas divertidíssimas que passamos juntas e por todos esses anos de amizade que nunca esquecerei.

Minha sincera gratidão ao Dr. Mário Coimbra, por sua orientação e apoio que foram imprescindíveis para realização desse trabalho.

RESUMO

Neste trabalho, a autora faz uma rápida análise da crise atual do sistema penitenciário, decorrente da utilização da prisão como principal espécie de pena e falta de investimentos no setor penitenciário.

O principal objetivo do trabalho é demonstrar as iniciativas bem sucedidas de reformulação do sistema prisional, através da privatização e industrialização dos presídios, sendo que os mesmos resultados positivos podem ser obtidos quando o Estado decide investir no setor penitenciário e aplicar uma política mais voltada a ressocialização do preso. Cita-se, como exemplo a ser seguido, o sistema penitenciário do Estado do Paraná.

Também buscou-se focar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), como solução para questão dos criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização.

Após análise de obras referentes ao tema, conclui-se que apesar da atual crise do sistema penitenciário brasileiro, é possível que a pena de prisão alcance seu principal objetivo: a ressocialização do preso. Isto, pode se dar, através da privatização e industrialização dos presídios, ou o próprio governo pode conseguir tal resultado, quando há boa vontade por parte dos governantes e um pouco mais de investimento no setor. Conclui-se também que, para aqueles criminosos de altíssima periculosidade e de difícil recuperação, o RDD tem mostrado a ação mais eficaz do governo no sentido de neutralizar a ação criminosa desses indivíduos, que mesmo quando presos em presídios “comuns”, continuam comandando ações delitivas dentro e fora dos presídios.

PALAVRAS-CHAVE: execução penal; penitenciárias; privatização; regime disciplinar diferenciado; ressocialização; sistema penitenciário.

ABSTRACT

In this work, the author make a fast analysis of the penitentiary system's present crisis, causes by the prison utilization, like the primary punishment's kind and the less cash given to the penitentiary sector.

The primary objective is to demonstrate the successful initiative to reform the prisional system across the prison's privatization and industrialization, however that the same positives results can be acquired when the State decides to give more cash to the penitentiary sector and using a politics turn to the prisoner's ressocialization. It is quote for example to be hollowed the penitentiary system of the Paraná State.

It is fetch to emphasize the Dissimilarity Discipline Regime (RDD) like a solution to the question about criminal that has a hard perilous and a difficult ressocialization.

After analysis works about this subject, it can be concluded that in spite of the penitentiary system's present crisis, it is possible that the prison punishment reach its primary objective: the prisoner's ressocialization. This can be done by the penitentiary's privatization and industrialization or the government can get this result when there is good will by the governor and a lot more cash to the sector. It is conclude that for that criminal with hard perilous and difficult ressocialization, the RDD is showing itself the more efficacious law suit to neutralize the criminal law suit of this individual, that also being when arrested in "common" still commanding criminal actions and out of the prison.

KEY WORDS: penal execution; prison; privatization; dissimilarity discipline regime; ressocialization; prison system.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	11
2.1 Antiguidade	11
2.2 Idade Média	13
2.3 Direito Canônico	14
2.4 Surgimento da prisão como pena	17
3. DA PENA	21
3.1 Conceito de Pena	21
3.2 Finalidade da Pena	22
3.2.1 Teoria Absoluta ou Retributiva	22
3.2.2 Teoria Relativa ou Preventiva	24
3.2.3 Teoria Mista ou Unificadora	30
4. DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	33
4.1 Sistema Pensilvânico	33
4.2 Sistema Auburniano	35
4.3 Sistema Progressivo	36
4.3.1 Sistema Progressivo Inglês	37
4.3.2 Sistema Progressivo Irlandês	37
4.3.3 Sistema Progressivo de Montesinos	38
5. DA EXECUÇÃO PENAL	40
5.1 Natureza Jurídica	40
5.2 Fundamentos	42
5.3 Pressupostos	43
5.4 Objetivos	43
6. DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	46
6.1 Do Direito à Liberdade	47
6.2 Diferenças entre Reclusão e Detenção	48

6.3 Dos regimes de cumprimento da pena	49
6.3.1 Regime Fechado.....	50
6.3.2 Regime Semi-aberto	52
6.3.3 Regime Aberto	54
7. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL	58
7.1 Princípio da Legalidade	58
7.2 Princípio da Pessoalidade	61
7.3 Princípio da Individualização	63
7.4 Princípio da Humanidade.....	65
7.5 Princípio da Proporcionalidade.....	67
7.6 Princípio da Culpabilidade.....	68
7.7 Princípio da Isonomia	71
7.8 Princípio da Intervenção Mínima.....	72
8. A CRISE NO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL	74
9. TENTATIVAS DE REFORMULAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	81
9.1 Penitenciárias Privatizadas e Industriais	81
9.1.1 Críticas.....	84
9.1.2 Penitenciária Industrial de Guarapuava – Penitenciária Modelo.....	89
9.1.3 Penitenciária Industrial Regional do Cariri	91
9.2 Exemplo de ressocialização em Penitenciárias Públicas	92
9.3 Regime Disciplinar Diferenciado	94
9.3.1 Críticas.....	97
9.3.2 Solução para criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização	98
9.3.3 Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes.....	101
10. CONCLUSÃO	103
BIBLIOGRAFIA	107

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa buscou fazer uma evolução histórica da pena de prisão, desde seu surgimento até os dias atuais. Buscou-se demonstrar com quais finalidades a pena de prisão originou-se e quais as finalidades que ela deve atender hoje.

Como conseqüência da utilização da prisão como principal espécie de pena nas sociedades atuais, buscou-se demonstrar a atual crise pela qual passa o sistema penitenciário.

Contudo, o principal objetivo deste trabalho foi demonstrar que, apesar dos problemas penitenciários que todos conhecem, há iniciativas que estão sendo tomadas e que estão apresentando resultados extremamente positivos.

Primeiramente, enfocou-se a questão da privatização dos presídios, que, apesar de enfrentar diversas críticas, tem-se demonstrado como uma solução bastante eficaz para a questão da ressocialização do preso, principal finalidade da pena.

Também foi demonstrado neste trabalho, que é possível que o próprio Estado consiga resultados tão positivos quanto os das empresas privadas, quando na administração das penitenciárias. Foi utilizado como exemplo, a política penitenciária do estado do Paraná, que através de um Patronato ativo e um pouco mais de investimento no setor, tem conseguido um dos menores índices de reincidência do país.

Enfocou-se, também, a questão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), como solução para a neutralização de criminosos de altíssima periculosidade e de difícil recuperação, e chefes de organizações criminosas que continuam praticando suas ações criminosas mesmo quando encarcerados nos presídios “comuns”.

Por fim, concluiu-se que a privatização dos presídios é uma opção bastante válida, pois tem demonstrado ótimos resultados no tocante a ressocialização do preso. Contudo, o Estado não deve acomodar-se pois se comprovou que, também as penitenciárias públicas podem apresentar os mesmos resultados

positivos quando a questão penitenciária é tratada com responsabilidade pelos governantes. E, para questão dos reclusos de altíssima periculosidade e de difícil recuperação, concluiu-se que, não tendo tais indivíduos respondido satisfatoriamente às políticas penitenciárias até então aplicadas a eles, o RDD mostrou-se como o sistema mais proveitoso para finalidade neutralização das ações criminosas desses criminosos, nocivas aos demais presos e a sociedade livre, uma vez que esses criminosos não demonstrem qualquer anseio pela sua ressocialização.

No que tange a metodologia, utilizou-se nesse trabalho a pesquisa bibliográfica, através de doutrinas, periódicos, impressos em geral e através da Internet.

Quanto à organização do texto, partiu-se, como já citado, de uma evolução histórica da pena, analisando-se suas finalidades, a evolução dos sistemas penitenciários. Passou-se, após, para uma análise da execução penal, suas finalidades e princípios informadores. Por fim, avaliou-se a crise do sistema penitenciário nacional, demonstrando a industrialização das penitenciárias e os resultados positivos do governo do Paraná como exemplos de reformulação do sistema prisional, e apresentou-se, ao final, o RDD com opção de solução para questão dos criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

2.1 Antiguidade

Pode-se dizer que a história da pena começa com a história de sua execução, pois, mesmo antes de determinar exatamente a pena, esta já era executada.

Nos primeiros agrupamentos humanos, observa-se um caráter sacral da pena. Antes das sanções serem reguladas pelas normas jurídicas, já o eram pela religião.

Os homens primitivos acreditavam que os seres sobrenaturais os premiavam ou castigavam de acordo com seus comportamentos. Portanto, a conduta humana devia adequar-se para ganhar a benevolência desses seres.

Representando tais seres sobrenaturais, existiam os totens. As primeiras penas ou castigos estavam ligadas a essa relação totêmica.

Também existiam os tabus, que eram leis religiosas, uma forma de controle social, que acarretavam sanções sobrenaturais a quem os infringissem.

As proibições emanadas das exigências totêmicas eram caracterizadas como tabus, sendo que, quem os infringissem receberiam penas gravíssimas, sendo a mais comum a pena de morte.

Considerando que quando um indivíduo de uma tribo, infringisse um tabu, a ira do ser sobrenatural voltar-se-ia contra toda a comunidade em forma de grandes catástrofes (enchentes, secas, pragas, etc.), era necessário, então, que todos da comunidade participassem da aplicação do castigo ao infrator, para que eles se redimissem e evitassem que a grande ira do ser sobrenatural recaísse sobre todos eles.

Portanto, a pena nessa época, representava uma forma de reparação do mal causado, tentando evitar a vingança dos seres sobrenaturais. Tinha, a pena, um caráter social. Assim, não se vê na pena uma forma de reparação social, uma

vez que o delito nada mais era do que pecado, não atentando diretamente contra a sociedade existente, mas sim, contra os deuses, os seres sobrenaturais.

Havia duas espécies de penas: a perda de paz e a vingança de sangue.

A perda de paz consistia no banimento do malfeitor. Dessa forma ele perderia a proteção de sua tribo podendo, então, ser agredido por qualquer pessoa, podendo levar à morte do indivíduo malfeitor e à devastação de seus bens.

Já na vingança de sangue, o mal era reparado por outro mal, sem qualquer relação de proporcionalidade entre eles. É a chamada vingança ilimitada.

A vingança podia ser utilizada não só pela vítima, mas também por toda a sua família ou tribo.

Assim, aconteciam grandes batalhas entre tribos diversas, resultando quase sempre em baixas consideráveis entre as tribos digladiadoras. Desta forma, essas tribos ficavam suscetíveis aos ataques de outras tribos.

Por essas razões, viu-se a necessidade de criar uma proporcionalidade entre o mal causado e a pena imposta. Dessa concepção surgiu a Lei de Talião.

Talião vem do vocábulo latino "*talis*", que significa que a sanção é tal e qual o atentado ou dano causado.

Assim, a Lei de Talião que instituiu a máxima "olho por olho e dente por dente", foi um grande avanço, pois, trouxe a noção grosseira de proporcionalidade do mal causado à pena imposta.

Estudiosos afirmam que existem duas vertentes de talião: uma era a similitude entre o mal causado e o suplício aplicado; outra, chamada de talião simbólico, que era castigar o delinqüente em um órgão ligado ao delito cometido. Assim, por exemplo, castrava-se o estuproador, marcava-se o rosto da mulher adúltera, e cortava-se a mão do ladrão.

Nessa forma simbólica do talião, também admitia-se, caso o ofendido aceitasse, a substituição da pessoa do ofensor por um escravo seu. Seria essa uma forma muito primitiva da composição entre as partes, uma vez que dependia da aceitação do ofendido.

2.2 Idade Média

Com a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos “povos bárbaros”, teve início a chamada Idade Média. Durante esse período o direito germânico foi muito aplicado, em razão da grande influência exercida por esse povo.

Para os germanos, o direito era entendido como uma ordem de paz, sendo que o delito era um rompimento, uma perda ou negação dessa ordem.

A reação ao delito poderia ser individual ou pelo grupo familiar, sendo que em decorrência deste último, surgiu a *Faida*, segundo a qual o agressor era entregue a família da vítima para que esta lhe aplicasse uma punição, para que ela se vingasse. Nessa época ocorria uma verdadeira guerra entre os grupos familiares.

Já para os delitos que ofendiam toda a comunidade, a pena aplicada era a perda da paz, que, como já visto, consistia na expulsão do delinqüente da comunidade, ficando ele a mercê dos inimigos.

Em 1495, com o advento da Paz Territorial Eterna, a *Faida* foi definitivamente extinta.

Também vigorava entre os germânicos, a vingança de sangue, que com o fortalecimento do Poder Estatal foi sendo aos poucos, substituída pela composição voluntário, que posteriormente passou a ser obrigatória em determinados casos.

A composição consistia na reparação do prejuízo causado pelo delito, através do pagamento de uma quantia em pecúnia.

O direito canônico, também teve grande influência na Idade Média, consolidando a pena pública como única e justa, fazendo desaparecer a figura da vingança privada, muito utilizada pelo direito germânico.

Para o direito canônico, a pena possuía um caráter retributivo e com finalidade também de correção do infrator.

Durante esse período, a Igreja aplicava a punição de reclusão em celas ou internação em mosteiros para os clérigos faltosos, surgindo daí a pena de prisão que viria posteriormente, substituir a pena de morte.

2.3 Direito Canônico

Desde os tempos primitivos o direito penal sempre teve influência da religião, contudo, com o avanço da Igreja Católica e do cristianismo, tornou-se maior a preocupação com as coisas espirituais.

A partir da Idade Média até fins do século XVIII vai acentuando-se a influência da Igreja, no direito penal.

O direito canônico caracterizava-se pela violência de seu procedimento, tal qual a justiça comum. A investigação do suposto delito era feita de forma secreta. A confissão do réu era de suma importância para demonstrar o arrependimento e a esperança de regeneração.

O sistema processual utilizado pela Igreja era inquisitório e secreto. A autoridade podia dar início ao processo e colher provas de forma indiscriminada, tudo tendo em vista a confissão do réu.

A tortura passou a ser largamente utilizada pela Igreja para obtenção da confissão do réu.

A jurisdição religiosa podia ser dividida entre *ratione persane* (em razão da pessoa), segundo a qual, o religioso era sempre julgado por um Tribunal da Igreja, independentemente do delito cometido; a jurisdição religiosa também podia ser *ratione materiae* (em razão da matéria), de modo que determinados delitos sempre seriam julgados por um Tribunal eclesiástico, mesmo que cometido por um leigo.

Quanto aos delitos, segundo Prado (2002, p. 54), eles podiam ser classificados em:

- *delicta ecclesiastica*: eram os delitos que ofendiam o direito divino, a ordem religiosa. Tais delitos eram punidos com as *poenitential*;

- *delicta mere secularia*: tais delitos lesionavam apenas o direito laico, a ordem jurídica laica, do Estado. Eram punidos com as penas comuns. Contudo, quando cometidos por religiosos, eram punidos com as *poenae medicinales*;

- *delicta mixta*: ofendiam tanto a ordem jurídica laica quanto a religiosa. Dessa forma, deviam julgar tais delitos, aquele Tribunal que primeiro tomasse conhecimento deles. Quando julgados pela Igreja, eram punidos com as *poenae vindicativae*.

A heresia, ou seja, a falta de amor e respeito à Igreja e à religião católica, era um dos crimes mais graves que se podia cometer.

A Igreja tinha em vista, a formação de uma comunidade de perfeição espiritual. Para isso, além das penas e torturas extremamente violentas que serviam para limpar o indivíduo do pecado através da dor, também foram instituídas penas de caráter expiatório, que visava obter o arrependimento do faltoso.

As penas aplicadas podiam ser espirituais, quais sejam aquelas que atingiam bens espirituais e direitos religiosos, como por exemplo, a excomunhão e interdição de sepultura cristã. Também as penas podiam ser temporais, atingindo bens jurídicos laicos, como multas, exílio, penas infamantes, entre outras.

As penas canônicas tinham por finalidade a obtenção do arrependimento do infrator, bem como sua correção. Também serviam como exemplo a toda a comunidade, desestimulando novos delitos.

Segundo Barros (2001, p. 36):

As leis eram obscuras e os crimes imprecisos, as penas podiam atingir terceiros inocentes e a pena capital era aplicada para quase todos os crimes, independentemente da gravidade. Com a execução da pena buscava-se obter medo, dor e sofrimento.

As penas mais utilizadas eram as infamantes, pecuniárias, restritivas de direitos, extintivas de direitos, privativas de liberdade e morte, sendo cada qual dividida em sua espécie.

As penas infamantes tinham por finalidade marcar o delinqüente para que todos soubessem qual crime ele havia cometido. Buscava-se prevenir o crime através da identificação do criminoso.

As penas restritivas de direitos limitavam alguns direitos, como por exemplo, a participação obrigatória em cruzadas.

Já as penas extintivas de direitos acabavam com a personalidade do indivíduo e podiam estender-se até após a morte, como por exemplo, a interdição de cemitério cristão.

A pena de morte era muito utilizada na época pela Justiça Secular. Contudo, os Tribunais Eclesiásticos não aplicavam tal medida, mas condenavam os indivíduos por crimes, cuja pena era a morte e os entregavam a Justiça laica para que a executasse.

Outra medida muito utilizada foi a prisão, tanto como instrumento processual, como para punição do delinqüente.

Segundo Barros (2001, p.38), a prisão podia se dar nas modalidades fechada, semi-aberta e aberta.

No cárcere fechado o condenado era mantido isolado em celas individuais, acorrentado a parede, tolhido de quase todos seus movimentos. Somente podia falar aos guardas quando autorizado, e somente recebia visita da Santa Inquisição, que sempre buscava a obtenção da confissão do delito que lhe era imputado.

Já na modalidade semi-aberta, o indivíduo era mantido também em celas individuais, contudo podia receber visitas íntimas do cônjuge, fazer exercícios e até poderia conseguir licença para tratamento de saúde fora da prisão.

O cárcere aberto era a medida menos rigorosa. Geralmente era aplicada quando o indivíduo era condenado a prisão perpétua, sendo que quando cumprida no regime aberto ele não podia ultrapassar os limites territoriais da comunidade onde vivia.

De acordo com Prado (2002, p. 55), o direito penal canônico possuía algumas características que muito contribuíram para evolução do direito penal:

a) contribuiu para humanização das penas, constituindo um limite real e definitivo para vingança privada;

b) afirmou a igualdade entre todos os homens perante Deus;

- c) acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo dolo e culpa;
- d) valorizou e mitigou a pena pública;
- e) a internação em mosteiro em prisão celular de religiosos inspirou a idéia de penitenciária.

2.4 Surgimento da prisão como pena

Desde o surgimento do Direito Penal até o século XIX, a principal pena aplicada aos criminosos era a pena de morte.

A prisão era utilizada apenas com finalidade de custódia do condenado, enquanto aguardava a execução da pena imposta (pena de morte, suplícios ou ambas).

A tortura também era aplicada como pena grave, só não superando a pena de morte. Contudo, era mais utilizada como instrumento processual para obtenção da confissão do investigado.

Com o fortalecimento do Direito Penal Canônico, a pena de morte na Justiça Secular começou a ser substituída, em casos de menor gravidade, por penas de trabalhos forçados, de multa ou de confisco. Contudo, tais penas geralmente vinham acompanhadas de penas acessórias, que poderiam acarretar diversos suplícios.

Posteriormente, a prisão-custódia vem dar lugar a prisão-pena, que era em princípio, como já visto, aplicada aos clérigos faltosos, para que pudessem refletir sobre sua transgressão, com finalidade de que, se arrependessem da infração cometida. Inicialmente, portanto, o cárcere tinha finalidade de penitência e meditação.

No início do século XVIII, a população começa a insurgir-se contra as penas cruéis. Era necessário encontrar uma nova maneira de punir. Assim, a execução da pena vai deixando de ser um espetáculo público para ter um caráter mais administrativo.

Em 1764, Beccaria escreve sua grande obra “Dos delitos e das penas”, manifestando-se contra a violência das penas, a tortura e as atrocidades dos suplícios. Defendia que a pena deveria ter um fim mais utilitário, mais eficaz na prevenção dos delitos e menos cruel ao condenado.

Segundo Beccaria, enquanto não houvesse leis precisas quanto aos delitos nelas previstas, não poderia haver punição.

No final do século XVII surge o Iluminismo que, segundo Barros (2001, p. 46) tem as seguintes idéias básicas:

[...] a proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; a abolição ou limitação da pena de morte; e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela Igreja ou devidas puramente à moral – abre luta contra as punições atrozes e os tormentos condenados por Beccaria.

Já no início do século XIX, com o fim da exposição pública e do suplício, a pena passa a ter fins curativos e corretivos.

Para controlar a crescente delinqüência, as grandes cidades criaram instituições de correção para recolher os criminosos. Tais instituições tinham por finalidade a correção do marginal através do trabalho forçado. Contudo, esse sistema de punição vai desaparecendo aos poucos, dando lugar à pena prisão, que deixa de ser uma pena exclusiva dos clérigos faltosos para ser aplicada a todos os cidadãos.

Porém, segundo Shecaira e Corrêa Júnior (1995, p. 58), a prisão-pena não passou a ser utilizada apenas para substituir a pena de morte. Na verdade, com o crescimento do capitalismo, viu-se na prisão-pena uma forma de conseguir mão de obra gratuita, tendo ainda grande controle sobre ela.

No início, a pena-prisão era uma pena intermediária entre as penas leves e a pena de morte. Era prevista apenas para determinados delitos, ou para possibilitar a aplicação de outras penas, como a de morte, por exemplo.

De forma muito rápida, a pena de prisão passa a ser o principal tipo de pena. Começam a ser construídos grandes presídios em forma de prédios totalmente fechados, nos quais os presos eram vigiados e coordenados por uma estrutura administrativa.

A pena privativa de liberdade, em razão do grande número de presídios e condenados, passa ter a finalidade de correção e reinserção social do preso. Isto deveria ocorrer através do trabalho e da reflexão.

Assim, o condenado deveria ficar recluso em celas individuais para que pudesse refletir sobre o mal causado, encontrando a voz do bem dentro de si mesmo. Poderia receber visitas de padres e entidades que lhe ajudassem nessa tarefa de reflexão para o bem.

O preso também deveria trabalhar, uma vez que o homem ocupado não pratica crimes. O trabalho era importante também, para custear as despesas da prisão e fornecer ao detento um aprendizado e ocupação.

A pena de prisão não deveria ter caráter perpétuo, uma vez que era a expectativa pela liberdade que impulsionava o preso à reflexão e transformação.

A duração da pena, inicialmente, deveria ser determinada pela administração do presídio, de acordo com o merecimento de cada condenado, levando-se em conta sua disciplina e transformação no decorrer da execução da pena. Assim, individualizar a pena era tarefa dos funcionários do presídio.

É lógico que, toda essa liberdade concedida aos administradores dos presídios geraram muitos abusos e excessos. Portanto, o Poder Judiciário ganhou a função de inspeção, fiscalização e controle dos detentos.

O sistema progressivo de execução da pena foi primeiramente aplicado em Genebra, a partir de 1825, sendo que, conforme cita Barros (2001, p. 52), havia um período de intimidação (privação de trabalho e qualquer contato interior ou exterior); um período de trabalho (isolamento e trabalho); regime de moralização (conferências com diretores e visitantes oficiais); e período de trabalho comum.

Assim, percebe-se que desde o início do século XIX, a pena de prisão tinha por finalidade a reparação do mal causado em conjunto com a transformação do criminoso. A partir de então, passaram-se a observar princípios fundamentais à pessoa humana: princípio da legalidade dos delitos e das penas, da personalidade da responsabilidade criminal, e o da proporcionalidade entre o delito e a pena.

Contudo, ressalte-se que, segundo a idéia defendida por Shecaira e Correia Júnior, de surgimento da pena privativa de liberdade para controle social da burguesia sobre os demais, a finalidade da pena de prisão nunca foi a de ressocializar o delinqüente, mas sim a de controlar, submeter.

3. DA PENA

3.1 Conceito de Pena

A pena é a consequência jurídica do delito. Contudo, o conceito de pena sempre foi alvo de divergências entre os doutrinadores. Portanto, cabe aqui trazer alguns dos conceitos elaborados por renomados penalistas:

A pena é uma sanção afliativa 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. (SOLER, Sebastian *apud* MIRABETE, *in* Manual de Direito Penal, 2000, p. 246).¹

“É ‘*sanctio juris*’ de caráter afliativo porque consiste na privação ou diminuição de bens jurídicos, como castigo e mal imposto ao delinqüente pelo ato cometido”. (MARQUES, 1956, p. 103).

“A pena criminal ... deve ser entendida como consequência jurídica da infração penal, considerando-se a dignidade humana como limite de sua aplicação”. (SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, 2002, 181).

“A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação.” (NORONHA, 2001, p. 225).

A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. (CUELLO CALÓN *apud* PRADO, 2002, p. 443).

“A pena é um ‘mal’ que se impõe ‘por causa da prática de um delito’: conceitualmente, a pena é um ‘castigo’”. (MIR PUIG *apud* BITENCOURT, 2000, p. 66).

¹ Utilizam-se desse conceito trazido por Soler, Damásio E. de Jesus (1991, p.457) e Haroldo Caetano da Silva (2001, p. 31).

3.2 Finalidade da Pena

Segundo René Ariel Dotti (*apud* SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 37), a sanção penal reflete o estágio cultural de um povo e também o regime político a que este povo está submetido.

A evolução social de um povo, também pode ser medida, ao se verificar os fins para os quais são aplicadas as sanções aos que cometeram algum ilícito penal.

Dispõe o artigo 1º da Lei de Execuções Penais (LEP):

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Tal artigo, segundo a exposição de motivos da LEP, item 13, contém duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandados existentes nas sentenças, destinados a reprimir e a prevenir os delitos e a oferta de meios para que os condenados venham a ter participação construtiva na comunhão social.

Ainda de acordo com a exposição de motivos da LEP, item 14, “as penas e medidas de segurança, devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

Segundo os doutrinadores, existem três grandes teorias que buscam justificar os fins e fundamentos das penas: a teoria absoluta ou retributiva, teoria relativa ou preventiva, e a teoria mista ou unificadora.

3.2.1 Teoria Absoluta ou Retributiva

Para esta teoria a pena não busca qualquer fim específico, a pena é um fim em si mesma.

A pena é entendida como retribuição à perturbação da ordem jurídica. Tem finalidade apenas de fazer justiça, nada mais. A culpa do autor do delito deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena.

A pena encarada sob essa ótica de retribuição do mal praticado, para os adeptos dessa teoria, estaria atendendo ao princípio humano da justa recompensa: cada um deve ter o que merece (HUNGRIA, Nelson *apud* MARQUES, 1956, p. 105).

A punição e castigo devem ser aplicados ao delinqüente pelo Estado, uma vez que este atentou contra valores primordiais e básicos da convivência social.

As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, principalmente na teoria da retribuição moral de Kant, que fundamenta a pena sob uma ordem ética; e na teoria da retribuição jurídica de Hegel, que fundamenta a pena sob uma ordem jurídica.

Teoria de Kant:

Segundo as reflexões kantinianas, aquele indivíduo que não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania.

A lei é um imperativo categórico, e só se explica a aplicação da pena quando desrespeitada a lei. Assim, a pena deve ser imposta contra o culpado apenas pelo fato de ter ele delinqüido, apenas por ter infringido a lei.

O objetivo da pena é simplesmente realizar a justiça.

Como muito bem conclui Bitencourt (2000, p.72), Kant não faz nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para o delinqüente ou para a sociedade, negando, assim, qualquer função preventiva da pena.

Quanto à espécie e medida da pena, Kant afirma que nada melhor do que o *ius talionis* para expressar a qualidade e quantidade da pena: “o mal não merecido que fazer a teu semelhante, o fazer a ti mesmo; se o mal tratar ou o matar, maltratas-te ou te matas a ti mesmo” (KANT *apud* BITENCOURT, 2000, p. 72).

Contudo, Kant defendia que o julgamento do delinqüente fosse efetuado por um Tribunal, não concordando com um julgamento particular.

Teoria de Hegel:

Para Hegel seria irracional querer um prejuízo ao delinqüente, apenas porque houve um prejuízo anterior à sociedade.

Segundo essa teoria, o crime é negado pelo sofrimento imposto pela pena, sendo que esta é capaz de restabelecer a ordem jurídica violada pelo crime (BARROS, 2001, p. 54). A pena tem, portanto, a finalidade de restabelecer a ordem jurídica quebrada.

Em outras palavras, a pena visa restabelecer a vontade geral, representada pela norma jurídica, negada pela vontade individual do delinqüente.

Assim, como o crime nega a ordem jurídica, a pena nega o crime, devendo haver uma proporção da pena à negação da norma jurídica. Dessa forma, quanto mais grave a negação representada pelo crime, mais grave deverá ser a pena, negação do delito.

Da mesma forma que Kant, Hegel também atribui um caráter talional à pena. Para ele a pena é a melhor maneira de se compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido.

Dessa forma, percebe-se que segundo Kant, a pena é uma necessidade ética, um imperativo categórico. Já para Hegel, a pena decorre de uma necessidade lógica, qual seja, a negação do crime e afirmação da pena.

Por fim, conclui-se que, a teoria absoluta nega quaisquer fins utilitários à pena, sendo que esta justifica-se pela simples retribuição jurídica.

Contudo, segundo Shecaira e Corrêa Júnior (1995, p. 38), “importante contribuição foi deixada pela teoria retribucionista: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal”.

3.2.2 Teoria Relativa ou Preventiva

Esta teoria, diferentemente da teoria retributiva, busca um fim utilitário para a pena, qual seja, o de evitar a futura prática de delitos.

Assim, segundo esta teoria, a pena justifica-se por seus fins preventivos gerais ou especiais.

Segundo alguns doutrinadores, como Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 244) e Noronha (2001, p. 225), o crime não é a causa da pena, mas ocasião para que esta seja aplicada.

A formulação mais antiga a respeito da teoria relativa “costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou ‘nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar’” (BITENCOURT, 2000, p. 75).

A pena tem uma função intimidativa geral, para toda coletividade quando cominada abstratamente. Já quando aplicada ao caso concreto, tem sua função intimidativa voltada especificamente ao criminoso.

Prevenção Geral:

A pena deve impor medo nas pessoas. A intimidação da coletividade serve como um fator de luta contra a criminalidade.

Busca-se intimidar eventuais delinqüentes, mediante a ameaça do mal da pena (BARROS, 2001, p. 61).

Segundo Bitencourt (2000, p. 77), “a prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem”. A ameaça da pena produziria no indivíduo uma motivação para que não cometesse delitos.

Contudo, tal teoria não leva em consideração um traço importante da personalidade do delinqüente: a certeza de não ser descoberto, portanto, a pena, para ele, não seria uma ameaça.

Assim, a pena poderia intimidar o delinqüente ocasional, mas não causaria espanto aos grandes criminosos. Ao criminoso profissional, a simples ameaça de imposição de pena não é suficiente para impedi-lo de praticar o ato delitivo. Este tipo de delinqüente, somente poderia ser intimidado com a certeza do processo penal e da execução da pena.

A teoria da prevenção geral pode, ainda, ser analisada sob um aspecto negativo e positivo.

A prevenção geral negativa é aquela que tem por finalidade evitar a prática de delitos por parte da coletividade. A intimidação se daria, pela gravidade da pena cominada e a quantidade da pena aplicada.

Desta forma, para diminuir a criminalidade, o legislador deveria de acordo com esta teoria, aumentar cada vez mais as penas, e o magistrado aplicar penas exemplares, sem necessariamente sopesar a culpabilidade do agente.

Aqui, o indivíduo é sacrificado para que os demais não venham a delinquir.

Já para a prevenção geral positiva, a validade da norma é reafirmada com a punição do criminoso. A pena é uma mensagem à sociedade, ignorando o delinqüente.

Divergindo dessa teoria quanto a existência de outras finalidades da pena que não apenas confirmar a existência da norma, surge a teoria da prevenção geral positiva limitadora. Esta teoria define a finalidade da pena, acrescentando um limite para o poder punitivo do Estado.

Contudo, há que se ponderar as diversas críticas a essa teoria de prevenção geral.

De acordo com Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 131), a idéia da pena servir como meio intimidativo à comunidade, tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente mais eficaz seria a prevenção. A pena não pode ser aplicada a um indivíduo visando unicamente atingir terceiros.

O artigo 59, “*caput*”, do Código Penal, determina que o Juiz deve fixar a pena de acordo com a culpabilidade do agente, sendo este um limite e pressuposto da aplicação da pena, não podendo ser ignorado.

A imposição da pena, também deve ter seu limite nos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, entre outros.

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 132), “o direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos”.

Para Barros (2001, p. 64), o limite da prevenção geral é a proporcionalidade entre o crime e a pena. No Estado de Direito, não pode a prevenção geral positiva ou negativa, ser o único fim da pena, sob pena de ferir o princípio da dignidade humana.

[...] a opção pela prevenção geral leva a um caminho autoritário e moralizante, onde as expectativas sociais prevalecem sobre as garantias individuais, resultando num maior intervencionismo na esfera íntima dos cidadãos. (BARROS, 2001, p. 64/65).

Bitencourt (2000, p. 77) afirma que, a teoria da prevenção não demonstrou os efeitos preventivos gerais pretendidos. Isto, porque a ameaça da pena pode incutir medo no homem médio em situações normais, mas isso não ocorre em todos os casos. Assim, cada delito, pelo simples fato de existirem, seria uma prova contra a eficácia dessa teoria.

Por fim, como muito bem conclui Marques (1956, p. 111):

E a experiência histórica demonstra de como nas épocas de impunidade, o crime acusa linha ascendente nas estatísticas sociais. O fracasso do terror, que a história também comprova, não infirma tal conclusão: as medidas exageradas e iníquas para punir os crimes são contraproducentes porque a consciência social que as desaprova, critica e condena, faz diminuir a sua força virtual de providência preventiva. Só a pena justa e adequada – disse Mezger – pode realmente lograr, com eficiência, a função preventiva que lhe cabe.

Contudo, não se pode deixar de citar o grande mérito da prevenção geral, que é o de dar ênfase ao processo educativo da sociedade.

Prevenção Especial:

Segundo esta teoria, se a pena tem caráter preventivo, a maior influência que pode ela exercer, é sobre a pessoa do delinqüente.

Assim, como a teoria da prevenção geral, a prevenção especial, também visa evitar a prática de delitos, contudo essa prevenção é voltada especialmente à pessoa do criminoso, tendo por finalidade que ele não volte a delinqüir.

Marques (1956, p. 109) explica com clareza a motivação dessa teoria:

Os positivistas, entendendo que se deve partir do princípio de que se faz necessário antes evitar o delito que reprimi-lo, vêem na pena uma providência de caráter preventivo para servir como instrumento de reeducação e readaptação do delinqüente para a vida social.

Assim, o aspecto negativo da prevenção especial consiste na intimidação do delinqüente, para que ele não volte a delinqüir; e o aspecto positivo, tem em vista a socialização, a correção, a reeducação do criminoso, para que ele possa voltar a integrar a sociedade, sem oferecer riscos a esta.

Segundo Barros (2001, p. 57), num primeiro momento, a pena tem função pedagógica, “está compreendida a possibilidade de castigar-se moralmente o homem que pecou, de constranger-se o delinqüente a tornar-se bom”.

Os adeptos da teoria da prevenção especial preferem falar em medidas, e não em penas.

Para a defesa social, ao membro que apresenta perigo à vida pacífica em sociedade, deve ser imposta uma medida de segurança com fins curativos e corretivos.

Assim, o criminoso deve ser tratado de acordo com a periculosidade que ele apresenta.

Na execução da pena, através de meios educativos, deve-se infundir no condenado novos hábitos e, acima de tudo, motivos psicológicos e sociais de melhor conduta futura (MARQUES, 1956, p.112).

O período de privação da liberdade do delinqüente, também tem finalidade de proteger a sociedade desse indivíduo perigoso.

Portanto, de acordo com a formulação de Roxim (*apud* SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 133), a prevenção especial agiria “corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável”.

A individualização da pena, trazida na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, traduz a preocupação do constituinte em fazer da atividade punitiva do Estado não só um meio de prevenção geral da delinqüência, mas também uma forma de prevenção especial, preparando o recluso para o retorno ao convívio social. Isso se daria através de um regime prisional ressocializador.

De acordo com Albergaria (1996, p 25),

o êxito da ressocialização será a melhor proteção da sociedade em face de quem delinqüiu. Mediante o regime penitenciário ressocializador, a

sociedade resgata a sua culpa pela deficiente socialização do delinqüente.

Contudo, existem diversas críticas quanto a essa teoria da prevenção especial.

Para Barros (2001, p.60), sendo a nossa uma sociedade pluralista, o Estado não tem o direito de pretender com a pena, incutir no indivíduo quaisquer valores morais, não pode querer obrigar que o delinqüente se arrependa.

O pluralismo exige respeito pelas diferenças e tolerância a qualquer subjetividade humana, por pior que seja. Assim, devem ser respeitadas as convicções de cada indivíduo.

Poderiam ser oferecidas oportunidades de regeneração para o delinqüente, que poderia aceita-las ou não, mas nunca tais oportunidades poderiam ser impostas. O Estado deve respeitar a individualidade de cada um, podendo cada pessoa escolher a maneira de viver que mais lhe agrada, inclusive viver à margem da sociedade.

Também para Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 133), parece uma idéia absolutista querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores a todos os indivíduos.

De acordo com Bitencourt (2002, p. 82) e Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 133), não haveria como justificar a imposição de uma pena ao indivíduo que, apesar da gravidade do fato praticado, não necessita de intimidação, e/ou reeducação, e que pode-se seguramente diagnosticar que não voltará a reincidir, como é o caso, por exemplo, de homicidas passionais. Nestes casos, a não imposição de pena levaria à impunidade do autor.

Alguns autores ainda afirmam que, a reincidência e a habitualidade criminosa, por si só, seriam uma prova concreta da ineficiência da prevenção especial. Contudo, como muito bem esclarece Nelson Hungria (*apud* Marques, 1956, p. 112):

não é que a pena seja *ineficiente*, mas sim, que em certos casos, é *insuficiente*. Os seres humanos não são impelidos pelo prazer ou repelidos pela dor de modo invariável ou uniforme como asseguram os hedonistas. O êxito da pena, assim, não pode ser infalível em todos os casos.

Por fim, é importante que se ressalte também as qualidades da prevenção especial, como muito bem o faz Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 133/134):

Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.

3.2.3 Teoria Mista ou Unificadora

Das diversas críticas formuladas às teorias absoluta e relativa, nasceu a teoria mista ou unificadora.

Como anteriormente visto, a teoria retributiva apenas visa retribuir o mal do crime com o mal da pena, negando qualquer fim à pena.

A teoria da prevenção especial não explica a função da pena quando não há risco de reincidência, assim, como também não limita adequadamente o poder de punir do Estado, pois leva mais em consideração o que o indivíduo poderá fazer se, não receber o tratamento adequado, do que o que ele já fez.

Já a teoria da prevenção geral não preocupa-se com o delinqüente individual, mas tão somente com a coletividade, chegando a aplicar penas draconianas ao indivíduo, visando apenas intimidar a coletividade.

Assim, de acordo com Albergaria (1996, p.29), é insatisfatória a visão unilateral de quaisquer dessas teorias.

Portanto, modernamente, busca-se conciliar a exigência de retribuição (essência da pena), com os fins da prevenção geral e especial.

Para a teoria mista “a pena tem índole retributiva, porém, objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária.” (NORONHA, 2001, p.225).

De acordo com Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 245), o fim da pena não é só a prevenção, mas um misto de educação e correção do delinqüente.

Deve-se observar que o fim de ressocialização do delinqüente serve tanto a ele mesmo quanto à sociedade. Também, deve considerar-se que a pena ressocializadora exerce sobre a comunidade efeito de intimidação.

Assim, conjugando-se essas duas colocações, a pena atenderia tanto à finalidade da prevenção especial quanto a prevenção geral.

Contudo, o princípio da culpabilidade deve servir de limitação para a imposição da pena. A pena não pode ir além do grau de culpabilidade do agente. Isso porque, “o maior efeito intimidatório sobre a comunidade não provém tanto da gravidade da pena, mas da intensidade da persecução penal.” (ALBERGARIA, 1996, p. 30).

De acordo com Francisco de Assis Toledo (*apud* SILVA, 2001, p.32):

Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam. E, ainda que isso possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação ... a pena concretizada ... é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isso: verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial, ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinqüente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres.

Assim, como bem resume Bitencourt (2000, p. 83), “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado”.

Considerando a culpabilidade do agente como limitador da pena, deve, então, o Estado Democrático de Direito levar em conta a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros, surgindo assim, as medidas de segurança, que tem seu fundamento na prevenção especial.

Contudo, apesar de todos os esforços para se conciliar na teoria unificadora o melhor de cada uma das demais teorias, críticas também surgem a essa unificação.

Para Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p.134), a pura justaposição das demais teorias destroem a lógica decorrente de cada concepção, aumentando o âmbito da aplicação da pena, tornando a reação penal estatal como meio utilizável para sanar qualquer infração à norma. Tal concepção quebraria com a

idéia de que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*. Por fim, alegam a impossibilidade de se unir duas teorias, sendo que uma nega fins a pena (retributiva), enquanto a outra atribui fins a ela (preventiva).²

Modernamente, tem-se buscado difundir a idéia de que a sociedade somente estará realmente protegida, com a adaptação do condenado ao meio social, tornando assim, a política criminal mais humanista.

Nesse sentido, tende-se a excluir definitivamente a retribuição da finalidade da sanção penal.

Contudo, como bem dispõe Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p.245), “desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso”.

Continua o grande doutrinador, ao citar Everardo da Cunha Luna: “A retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem retribuição, é desonra”.

Assim, embora o item 14 da exposição de motivos da LEP disponha que “as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”, na realidade a pena continua sendo utilizada como meio de justiça, sendo que suas finalidades ressocializadoras não são satisfatoriamente cumpridas.

Por fim, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais que visam uma pena mais justa possível ao delinqüente. São princípios fundamentais da pena, garantidos por normas constitucionais e que devem sempre ser observados para que as penas possam realmente alcançar os fins a que elas se propõem.

² Também compartilha desse mesmo posicionamento Bitencourt (2000, p. 84), citando Roxin.

4. DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

A pena de prisão, como já visto, teve sua origem na Idade Média, nos mosteiros, onde os clérigos faltosos deviam recolher-se às suas celas para expiação dos seus pecados. Esse isolamento tinha por finalidade a oração e a reflexão para arrependimento de sua falta e reconciliação com Deus.

Segundo Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 249), essa idéia de isolamento para reflexão e arrependimento, inspirou a construção da primeira prisão destinada a recolhimento de criminosos, a *House Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552.

A revolução do tratamento penal aplicado nas prisões sofreu grande influência das idéias de John Howard, *sheriff* do condado de Belfast, que divulgou suas idéias de reforma das prisões em seu livro “*The State of prison in England and Walles*” (1776). Também Beccaria, em 1764, em sua obra “Dos delitos e das penas”, divulgou idéias revolucionárias, relacionadas aos estabelecimentos penais. Já em 1818, Jeremias Bentham publicou a “Teoria das penas e das recompensas”.

No que tange a execução da pena, surgiram três sistemas penitenciários: o pensilvânico ou celular, o alburniano e o progressivo.

4.1 Sistema Pensilvânico

Este sistema também é conhecido como sistema filadélfico, belga ou celular.

Segundo Bitencourt (2000, p. 92), a primeira prisão norte-americana que adotou esse sistema foi construída pelos quacres³ em 1776, a chamada *Walnut Street Jail*.

³ [Do ingl. *Quaker*.] Membro de uma seita protestante (*Sociedade de Amigos*) fundada na Inglaterra, no séc. XVII, e difundida principalmente nos E.U.A. Os quacres não admitem sacramento algum, não prestam juramento perante a justiça, não pegam em armas, nem aceitam hierarquia eclesiástica. (FERREIRA, 1986, p. 1.422).

O sistema pensilvânico teve origem pela influência dos quacres e dos mais importantes cidadãos da Filadélfia que buscavam reformular as idéias das prisões. Os principais influenciadores foram Benjamin Franklin e William Bradford.

Além das idéias de Beccaria, Haward e Bentham, o sistema pensilvânico adotou também conceitos religiosos aplicados ao Direito Canônico.

De acordo com Bitencourt (2000, p. 92), em 1790 ordenou-se por meio de uma Lei, a construção de um estabelecimento penal, onde se aplicasse o *solitary confinement*, no qual os presos mais perigosos permaneciam isolados em celas individuais, sendo que aos demais condenados, era permitido o trabalho em conjunto durante o dia. Contudo, deveria ser aplicada a mais rigorosa lei do silêncio.

A prisão de *Walnut Street* foi construída em 1776 nesses moldes. Contudo, em poucos anos já apresentava desgastes, convertendo-se num grande fracasso, principalmente pelo fato do grande crescimento da população carcerária.

Porém, a população da Filadélfia e da Pensilvânia não desistiu da idéia de criar prisões baseadas no sistema de separação. Assim, foram construídas duas novas prisões: a Penitenciária Ocidental (*Western Penitentiary*), em 1818 em Pittsburgh, que seguia o desenho panótico⁴ de J. Bentham; e a Penitenciária Oriental (*Eastern Penitentiary*), construída em 1829.

Na Penitenciária Ocidental foi aplicado o isolamento absoluto, proibindo-se até o trabalho nas celas. Por ser impraticável esse regime, quando construída a Penitenciária Oriental, permitiu-se o trabalho apenas na própria cela.

De acordo com Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 249/250), o sistema filadélfico tinha por base o isolamento celular absoluto, havendo esporadicamente a possibilidade de passeio do sentenciado em pátio circular. Não era permitido o trabalho, nem visitas, incentivando-se sempre a leitura da Bíblia.

Para Bitencourt (2000, p. 93), o sistema celular não possibilita a recuperação do delinqüente. É um sistema adequado apenas para controlar o

⁴ Segundo o desenho panótico, a prisão é construída de forma circular, de modo que o diretor permaneça sempre no centro dela, permitindo uma vigilância constante das celas.

indivíduo, podendo ser utilizado em qualquer outro estabelecimento não penal, onde se requeira vigilância constante.

Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinqüente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais. (BITENCOURT, 2000, p. 94).

O sistema filadélfico foi mais aplicado na Europa, pois lá necessitava-se de uma prisão que intimidasse e diminuísse a delinqüência, não era preciso uma população carcerária produtiva, uma vez que já possuía um grande desenvolvimento da mão de obra livre.

4.2 Sistema Auburniano

A prisão de Auburn, no estado de *New York*, foi construída em 1818.

Segundo Bitencourt (2000, p. 94), primeiramente os presos de Auburn foram divididos em três categorias:

1ª) os presos mais velhos e reincidentes na delinqüência eram mantidos em isolamento contínuo;

2ª) os presos menos incorrigíveis eram mantidos isolados três vezes por semana, e tinham permissão para trabalhar;

3ª) os presos com maiores esperanças de recuperação, somente eram submetidos ao isolamento noturno, sendo que podiam trabalhar juntos durante o dia.

Esse sistema de isolamento constante foi um grande fracasso, com alto índice de presos mortos ou enlouquecidos.

Assim, em 1824, permitiu-se o trabalho em conjunto dos reclusos e o isolamento noturno, sendo esta a principal diferença entre esse sistema e o sistema pensilvânico, uma vez que naquele a separação dos presos ocorria durante todo o tempo.

Contudo, continuava sempre vigente a lei do silêncio absoluto, levando esse sistema a ser chamado de *silent system*.

Segundo Bitencourt (2000, p.95), “esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão”.

Uma das bases desse sistema foi o trabalho do preso. Contudo, uma das causas de seu fracasso foi a oposição feita pelas associações sindicais ao trabalho penitenciário. Alegavam que os baixos custos desse trabalho acarretava uma competição ao trabalho livre.

Outra causa do fracasso do sistema auburniano foi o rigoroso sistema disciplinar. O *silent system* foi inspirado no estilo de vida militar. Também, esse sistema foi muito criticado pelos castigos cruéis aplicados aos presos visando sua recuperação.

O sistema auburniano foi mais utilizado nos Estados Unidos, uma vez que o *silent system* era economicamente mais vantajoso, pois permitia o alojamento de um maior número de pessoas, diminuindo os custos com construção. Além disso, o trabalho desenvolvido nesse sistema era mais eficiente e produtivo.

4.3 Sistema Progressivo

O apogeu da pena privativa de liberdade no século XIX coincide com o abandono dos regimes pensilvânico e alburniano e o surgimento do sistema progressivo.

Segundo Bitencourt (2000, p. 99), os autores em geral atribuem a criação do sistema progressivo a Alexander Maconochie, governador da Ilha Norfolk, na Austrália, que em 1840 mudara a filosofia penitenciária na referida ilha. Para essa ilha, a Inglaterra enviava seus criminosos mais perversos.

Contudo, muitos outros entendem que o verdadeiro criador do sistema progressivo foi o Coronel Manuel Montesinos de Molina, ao ser nomeado governador do presídio de Valência, em 1834.

4.3.1 Sistema Progressivo Inglês

Esse foi o sistema progressivo criado por Maconochie.

No sistema progressivo inglês a duração da pena de cada criminoso era medida por vales ou marcas (daí os ingleses chamarem esse sistema de *mark system*). Tais vales eram atribuídos aos condenados de acordo com a quantidade de trabalho realizado e o seu bom comportamento. Caso o preso cometesse alguma falta, lhe era atribuída uma multa. Assim, somente o saldo dos vales (créditos menos débitos) era considerado como pena cumprida.

O sistema progressivo de Alexander Maconochie possuía três fases:

1ª fase: Era o chamado período de prova. Durante este período o condenado era mantido em isolamento celular diurno e noturno para refletir sobre o delito praticado. Era submetido a trabalho árduo com alimentação escassa.

2ª fase: Durante esse período o apenado era recolhido em estabelecimentos denominados *workhouse*, onde exercia o trabalho em comum com os outros presos, sob a regra do silêncio absoluto. Durante o repouso noturno, o condenado era mantido em isolamento.

Esse período da segunda fase era dividido em classes. Conforme o condenado adquirisse determinado número de vales, poderia integrar-se à classe seguinte, até atingir a primeira classe onde adquiria o *ticket of leave*, ingressando no terceiro período, o da liberdade condicional.

3ª fase: É o período da liberdade condicional. Aqui o condenado adquiria sua liberdade com determinadas restrições, por um determinado período. Passado esse período, sem que o apenado houvesse dado causa a revogação do benefício, ele adquiria sua liberdade definitiva.

4.3.2 Sistema Progressivo Irlandês

Water Crofton, diretor das prisões da Irlanda, introduziu em seu país o sistema progressivo de uma forma mais aperfeiçoada, incluindo uma fase

intermediária entre a prisão e a liberdade condicional, dando, assim, origem ao sistema progressivo irlandês.

Dessa forma, o sistema progressivo irlandês ficou composto por quatro fases:

1ª fase: Assim como no sistema progressivo inglês, a primeira fase consistia no isolamento diurno e noturno do preso, sem comunicação e com alimentação escassa.

2ª fase: Nessa fase era permitido o trabalho diurno em conjunto dos condenados, sempre mantendo o mais rigoroso silêncio. Durante o período noturno era mantida a regra do isolamento celular.

A principal diferença dessa fase com a segunda fase do sistema progressivo inglês é que aqui no sistema progressivo irlandês a segunda fase também era dividida em classes, nas quais o condenado poderia progredir de acordo com as marcas ou pontos que acumulasse.

3ª fase: Era denominada por Crofton como período intermediário. Ocorria entre a prisão fechada e a liberdade condicional. Esse período era cumprido em prisões especiais onde o preso trabalhava ao ar livre com vigilância menos severa. Os presos assemelhavam-se aos trabalhadores livres e podiam dedicar-se ao cultivo ou a indústria.

4ª fase: É a fase da liberdade condicional, com as mesmas regras do sistema inglês. Assim, passado o período de liberdade condicional sem revogação desta, o condenado adquiria, enfim, a liberdade definitiva.

Segundo Bitencourt (2000, p. 101), “o sistema irlandês alcançou grande repercussão e foi adotado em inúmeros países”. Até os dias atuais, esse sistema é aplicado com algumas modificações em países civilizados, inclusive no Brasil.

4.3.3 Sistema Progressivo de Montesinos

O Coronel Manuel Montesinos e Molina foi, em 1835, nomeado governador do presídio de Valência. Sua obra baseava-se na disciplina dos reclusos, não pela

severidade do castigo, mas sim pelo exercício da autoridade moral. Aplicava-se um poder disciplinar racional.

Sua mais importante contribuição para a evolução da forma de tratamento do preso foi um tratamento mais humanitário, possibilitando uma melhor recuperação do criminoso.

Um dos aspectos mais interessantes da obra prática de Montesinos refere-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir no recluso uma definida autoconsciência. [...] 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. (BITENCOURT, 2000, p. 102).

5. DA EXECUÇÃO PENAL

De acordo com os ensinamentos de Nogueira (1996, p. 03), a execução penal é a fase mais importante do direito punitivo, pois de nada adiantaria a condenação, sem que houvesse a execução da pena imposta.

Para Piedade Júnior (1988, p. 07), a execução penal consiste em modalidade de tutela jurisdicional, que visa o cumprimento de uma sanção, resultante de uma sentença penal condenatória ou de aplicação de uma medida de segurança.

A execução penal é a última fase da persecução penal. Nesta fase, busca-se efetivar os mandamentos contidos na sentença transitada em julgado que impõe ao indivíduo uma sanção penal por ter ele praticado um fato típico e ilícito. Tem por finalidade satisfazer a pretensão punitiva do Estado, neste momento denominada pretensão executória. (CAPEZ. 2004, p. 18/19),

A execução penal em nosso ordenamento jurídico vem disciplinada pela Lei de Execução Penal (LEP) – Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984.

5.1 Natureza Jurídica

Existem três correntes acerca da natureza jurídica da execução penal. São elas:

Natureza Jurisdicional:

Segundo esta corrente, a atividade jurisdicional só é exercida através do poder de conhecer, julgar e executar a sentença.

Natureza Administrativa:

A execução da pena é essencialmente administrativa, exercida pelas autoridades responsáveis pela administração do presídio, albergue, colônia agrícola, ou outro estabelecimento penal onde encontra-se o condenado cumprindo sua pena.

Natureza Mista ou Eclética:

As normas que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo, enquanto que, as normas referentes a incidentes da execução têm natureza processual penal e são de competência do Poder Judiciário (Estado-Juiz).

No tocante à natureza jurídica da execução penal, a doutrina é quase unânime no sentido de afirmar que a LEP adotou a natureza mista para a execução das penas, como muito bem expõe Silva (2001, p. 41):

A execução penal tem natureza híbrida, constituindo função *administrativa e jurisdicional* do Estado. Se por um lado a administração penitenciária compete ao Poder Executivo (Estado-Administração), os incidentes da execução são da alçada do Poder Judiciário (Estado-Juiz).

As decisões referentes ao cumprimento da pena não podem ser tomadas única e exclusivamente pela direção do estabelecimento penal.

De acordo com o artigo 194 da LEP, as situações correspondentes aos direitos dos sentenciados deverão ter procedimento judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

O artigo 2º da LEP, segundo Mirabete (Execução Penal, 2000, p.30), consagra o aspecto da jurisdicionalização da execução penal:

É o poder de decidir o conflito entre o direito público subjetivo de punir (pretensão punitiva ou executória) e os direitos subjetivos concernentes à liberdade do cidadão. Esse conflito não se resume aos clássicos incidentes da execução, mas estabelece-se também em qualquer situação do processo executório em que se contraponham, de um lado, os direitos e os deveres componentes do *status* do condenado, delineados concretamente na sentença condenatória e, de outro, o direito de punir do Estado, ou seja, de fazer com que se execute a sanção aplicada na sentença.

Conforme ensina Nogueira (1996, p. 05/06), não só os poderes Judiciário e Executivo participam da execução da pena, mas também a sociedade, de acordo com o disposto no artigo 4º da LEP.

A participação da sociedade na execução penal se daria através dos Conselhos da Comunidade (artigos 80 e 81 da LEP) que devem ter um regulamento próprio e específico.

5.2 Fundamentos

A execução penal tem seu fundamento na sentença penal condenatória e na Lei. Alguns doutrinadores admitem como fundamento da execução da pena, apenas a Lei e outros, apenas a sentença penal.

Contudo, conforme ensina Antônio José Miguel Feu Rosa (*apud* MESQUITA JÚNIOR, 1999, p. 61), o melhor entendimento é aquele que admite tanto a lei quanto a sentença penal condenatória como fundamento da execução penal.

Para ilustrar tal posicionamento, Mesquita Júnior traz o seguinte exemplo:

Imagine-se que determinado Juiz condene certo criminoso à pena de três anos por ter praticado o crime de furto qualificado, estabelecendo na sentença penal condenatória que o condenado cumprirá a pena integralmente no regime fechado. Nesse caso, a pena a ser cumprida terá o prazo de três anos, mas o condenado poderá ser progredido de regime, tendo em vista que a decisão foi ilegal, haja vista a possibilidade de progressão de regime quando a pena resultar da prática do crime de furto. Na hipótese, poderá, inclusive, ser concedido *habeas corpus* de ofício.

O Juiz da execução penal não poderá alterar a sentença do Juiz Criminal, tendo em vista que ambos encontram-se no Primeiro Grau de Jurisdição. O caminho correto para alterar tal decisão seria a revisão criminal, que só pode ocorrer “pro réu”.

Porém, a maioria das decisões na execução penal possuem a cláusula “*rebus sic stantibus*”⁵. Dessa forma, quando sobrevier uma situação mais favorável ao condenado, o Juiz da execução penal deverá aplicá-la, mesmo que não prevista na sentença penal condenatória.

Por outro lado, se a sentença penal prever situação mais favorável ao réu do que a lei, deverá a sentença prevalecer, como no caso do Juiz Criminal, em

sua sentença, considerar réu reincidente como primário. Nesse caso, deverá o Juiz da execução penal aplicar a este réu todas as benesses da primariedade, uma vez que não é possível revisão criminal “*pro societate*”.

5.3 Pressupostos

De acordo com Magalhães Noronha (*apud* NOGUEIRA, 1996, p. 06), são três os pressupostos da execução penal: sentença definitiva, título executivo e capacidade da pessoa submeter-se à execução.

Já para outros doutrinadores como Hélio Tornaghi (*apud* NOGUEIRA, 1996, p.06 e PIEDADE JÚNIOR, 1988, p. 07), os pressupostos da execução penal resumem-se a dois:

Título Executivo:

É a sentença condenatória ou aquela que aplicar medida de segurança, ambas ordenadas mediante guia.

Capacidade de Sujeição:

Não é capaz de sofrer a pena o inimputável, tão pouco é capaz de ser executada a multa do insolvente. Assim, deve ser aplicada a pena ao imputável em razão de sua culpabilidade, e a medida de segurança ao semi-imputável ou inimputável em razão de sua periculosidade.

Para os adeptos desse entendimento, a sentença definitiva, transitada em julgado, implica na expedição do título executivo, qual seja a carta de guia ou guia de recolhimento, reduzindo-se, assim, os pressupostos a apenas dois.

5.4 Objetivos

Dispõe o item 13 da Exposição de Motivos da LEP:

Contém o art. 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados

⁵ Por esta cláusula, sempre que houver mudança da situação fática a decisão poderá ser alterada.

a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

Dessa forma, para Capez (2004, p. 21), o legislador aproximou-se da doutrina mista, sendo que a execução da pena tem finalidade preventiva, consistente na repressão e prevenção de novos delitos; e utilitária, buscando fazer com que o condenado colabore na construção da comunhão social. Ademais, a execução penal conserva seu caráter aflitivo, através da efetivação da sanção imposta na sentença penal condenatória.

Já, de acordo com os ensinamentos de Mirabete (Execução Penal, 2000, p. 26) e Silva (2001, p. 39/40), a LEP inspirou-se nos princípios da Nova Defesa Social⁶.

Assim, além de cumprir efetivamente o mandamento constante da sentença condenatória, o principal objetivo a ser perseguido pela execução penal é a reinserção do condenado à sociedade, buscando-se condições favoráveis para sua integração ao meio livre.

Contudo, não se pode confundir essa reinserção social do apenado prevista na LEP “com qualquer sistema de ‘tratamento’ que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos de personalidade do condenado” (RENÉ ARIEL DOTTI *apud* MIRABETE *in* Execução Penal, 2000, p. 26).

Em que pese a reinclusão social do apenado à sociedade como principal objetivo da execução penal, na prática esta finalidade não vem sendo alcançada.

Segundo Silva (2001, p. 40), tal insucesso se dá pela incompatibilidade da ação pedagógica ressocializadora com o necessário castigo advindo da privação da liberdade do condenado.

Na verdade, jamais a privação da liberdade atingiu o objetivo de ‘ressocializar’ o infrator pela simples razão de que é absolutamente contraditório esperar que alguém aprenda, de fato, a viver em liberdade, estando privado de liberdade. (JULIETA LEMGRUBER *apud* SILVA).

⁶ A teoria da Nova Defesa Social deu início a uma política penal humanista, segundo a qual a sociedade somente é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio livre.

Dessa forma, deve-se buscar a minimização dessas conseqüências negativas do encarceramento através da humanização e da individualização da pena.

6. DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A partir do Iluminismo, com as idéias dos reformadores, a sanção penal entrou em crise.

Segundo Bitencourt (2000, p. 412), a pena que deveria intimidar, não intimidava. A delinqüência tornara-se uma conseqüência do aprisionamento. A pena que deveria corrigir o criminoso e retribuir-lhe o mal causado, apenas gerava a reincidência. “Enfim, a prisão fracassava em todos seus objetivos declarados.”

A partir do século XIX a prisão tornou-se a principal resposta penal à delinqüência. Durante muito tempo predominou o otimismo acerca da possibilidade da reeducação do indivíduo através da prisão.

Apesar da pena de prisão ter contribuído para por fim às penas aflitivas, mutilações, castigos corporais, entre outras, aquele otimismo inicial, já não existe mais nos dias atuais.

O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer. (MIRABETE *in* Manual de Direito Penal, 2000, p. 251/252).

Hoje, predomina a descrença nos fins positivos que a pena de prisão pode gerar sobre o apenado. Há poucas esperanças de recuperação do delinqüente.

Porém, é majoritário o entendimento de que a pena de prisão justifica-se por sua necessidade. É um instituto que o Estado utiliza para possibilitar a convivência entre os homens.

Apesar das diversas críticas feitas à pena de prisão, chegando alguns até defender sua aniquilação, deve-se ponderar que a pena de prisão é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como meio de defesa social.

A prisão é em muitos casos, o único meio para deter criminosos de alta periculosidade, quando estes não são passíveis de reeducação, através de penas alternativas. Nesses casos, a pena de prisão deve ser aplicada como meio de defesa social, para proteger toda a sociedade das ações malélicas desse

indivíduo, e também como meio de castiga-lo pelo mal causado, evitando assim, a sensação de que sua ação criminosa é compensadora.

6.1 Do Direito à Liberdade

A pena privativa de liberdade retira do condenado, de uma forma mais rígida ou mais branda, seu direito à liberdade.

A liberdade humana é um dos principais direitos do ser humano, consistindo, para Rivero (*apud* SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 187), no “poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal”.

A forma de liberdade atingida pela pena privativa de liberdade é, sem dúvidas, a liberdade de locomoção, uma vez que o condenado permanece com o direito a liberdade de culto religioso, liberdade de manifestação de seu pensamento através da escrita ou da fala.

De acordo com Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 188), “a liberdade de locomoção permite que o indivíduo se desloque de um lugar para o outro segundo sua conveniência e livre-arbítrio, podendo ainda permanecer onde quer que esteja”.

Assim, a pena privativa de liberdade é um limite imposto à liberdade de locomoção quando o indivíduo utiliza-se mal desse seu direito, ofendendo o bem comum, ou lesando terceiros. É uma consequência jurídica da conduta lesiva do infrator.

Há ainda que se ressaltar, que a pena privativa de liberdade pode ainda atingir outros direitos que se tornam incompatíveis com a condição de preso. Contudo, tais direitos, incompatíveis com a execução da pena privativa de liberdade, ficam apenas restringidos, e não suprimidos.

6.2 Diferenças entre Reclusão e Detenção

Em nosso ordenamento penal a pena privativa de liberdade subdivide-se em duas espécies: reclusão e detenção.

A pena de reclusão é prevista para os delitos de maior gravidade, podendo dar-se seu cumprimento em qualquer dos três regimes (fechado, semi-aberto ou aberto). Já a pena de detenção comporta cumprimento apenas no regime semi-aberto e aberto, salvo hipótese de regressão ao regime fechado em razão do condenado não adequar-se às regras do regime mais brando.

Para alguns doutrinadores, a diferença dos regimes de cumprimento de pena é a diferença básica entre a reclusão e a detenção. Contudo, Bitencourt (2000, p. 416) e Jesus (1991, p. 461) trazem outras diferenças fundamentais, tais como:

- fiança: a autoridade policial concederá fiança nos crimes punidos com detenção e prisão simples (art. 322 do CPP);

- medida de segurança: em caso de necessidade de concessão de medida de segurança, esta será sempre detentiva, ou seja, deverá ser internado. Já se o crime for punido com detenção, a medida de segurança poderá consistir em tratamento ambulatorial (art. 97 do CP);

- pátrio poder, tutela e curatela: sempre acarretará a perda do pátrio poder, da tutela ou da curatela, quando o indivíduo cometer crime punido com reclusão contra o filho, tutelado ou curatelado, o que não acontecerá necessariamente, se o crime cometido for punido com detenção (art. 92, inciso II do CP);

- preferência na execução: quando o indivíduo for condenado cumulativamente à pena de reclusão e detenção, deverá ser executada primeiro a pena de reclusão (art. 69, *caput* e art. 76, ambos do CP);

- influência decisiva sobre os pressupostos da prisão preventiva: se o crime é punido com reclusão, basta a ocorrência de algum dos pressupostos da preventiva. Já, se o crime é apenado com detenção, além de algum dos pressupostos da prisão preventiva, é necessário a comprovação de réu vadio, ou dúvida sobre a identidade do mesmo (art. 313, incisos I e II do CPP).

6.3 Dos regimes de cumprimento da pena

De acordo com o art. 33 do CP, a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva, sendo três os regimes de cumprimento da pena: regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto.

O regime inicial de cumprimento da pena é determinado na sentença penal condenatória, levando-se em conta o crime cometido, a reincidência e o mérito do condenado.

O regime fechado deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, quais sejam, as penitenciárias (art. 33 §1º, “a” do CP c.c. art. 87 da LEP); o regime semi-aberto deverá ser executado em colônia agrícola, industrial ou similar (art. 33 §1º, “b” do CP c.c. art. 91 LEP); e o regime aberto deverá ser cumprido em casa do albergado ou em estabelecimento penal adequado (art. 33 §1º, “c” do CP c.c. art. 93 da LEP).

A progressão de regime consiste na substituição de um regime mais rigoroso por um menos severo. De acordo com o art. 112 da LEP, a progressão poderá se dar quando cumprido 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e se demonstrado bom comportamento carcerário.

A Lei 10.792 de 01/12/2003 alterou o referido art. 112 da LEP. Antes era necessário, para progressão de regime, o parecer da Comissão Técnica de Classificação e Exame Criminológico para atestar o mérito subjetivo do condenado. Hoje, basta atestado de bom comportamento carcerário, expedido pelo diretor do presídio onde o indivíduo cumpre pena, para demonstrar o mérito subjetivo do executado.

Dispõe o item 119 da Exposição de Motivos da LEP:

A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, ~~cujá decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico~~ (art. 112 e parágrafo único).

A LEP também proíbe a progressão em saltos, ou seja, a progressão direta do regime fechado para o regime aberto. Isto se dá porque o sistema progressivo de cumprimento de pena tem por finalidade a integração ou reinserção social do condenado de forma gradativa à sociedade.

Dessa forma, a progressão direta do regime fechado para o aberto causaria prejuízo ao processo de integração do preso à vida em liberdade, bem como grande sentimento de impunidade à sociedade.

Dispõe o item 120 da Exposição de Motivos da LEP:

Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Assim, em síntese, o condenado deverá iniciar a execução de sua pena no regime estabelecido na sentença penal condenatória. Com o passar do tempo e demonstrado seu mérito subjetivo, o preso poderá progredir de regime até alcançar, enfim, a liberdade, ressalvada as hipóteses de regressão ao regime mais severo e o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados.

6.3.1 Regime Fechado

É o regime mais severo de cumprimento de pena, que deverá ser executado em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, ou seja, nas penitenciárias.

Este regime é destinado aos presos de alta periculosidade, uma vez que há um maior controle e vigilância sobre eles.

Segundo Bueno Arús (*apud* MIRABETE *in* Execução Penal, 2000, p. 247), “a periculosidade pode ser avaliada criminologicamente (risco de cometer novos crimes, entre os de maior gravidade) ou penitenciarmente (risco de alterações graves da ordem e segurança dos estabelecimentos)”.

Devem obrigatoriamente, iniciar o cumprimento de sua pena no regime fechado, os condenados a penas superiores a oito anos e o reincidente, qualquer que seja a pena a ele aplicada (art. 33, §2º, “a” do CP). Os condenados a crimes hediondos ou equiparados deverão cumprir suas penas integralmente no regime fechado, sendo-lhes, portanto, vedada a progressão de regime (art. 2º, §1º da Lei 8.072/90).

Ao iniciar o cumprimento de sua pena no regime fechado, o condenado deverá ser submetido ao exame criminológico de classificação, tendo em vista a individualização a execução, segundo o disposto no art. 34, *caput*, do CP.

A principal característica do regime fechado é a permanência integral do condenado no interior do estabelecimento penal, sendo-lhe permitido o trabalho coletivo dentro da penitenciária no período diurno, na medida de suas aptidões e ocupações anteriores, e o isolamento noturno (art. 34, §1º e §2º do CP e art. 31 da LEP).

O trabalho externo, somente é permitido excepcionalmente em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as devidas cautelas contra fugas e para manter a disciplina (art. 34, §3º do CP e art. 36 da LEP).

Apesar da pena privativa de liberdade ter por finalidade o tratamento reeducativo, o regime fechado, por ser voltado aos condenados de alta periculosidade e de difícil reeducação, dá ênfase à segurança.

Segundo Albergaria (1993, p. 103), “o nº 6.1 das Regras Básicas de uma Programação Penitenciária relaciona a segurança com a arquitetura e com as precauções físicas contra fuga, em favor da ordem interna e da disciplina”.

De acordo com C. Calón (*apud* ALBERGARIA, 1993 p. 104), os prédios das penitenciárias devem ser fortes e sólidos. Devem ser rodeados por muros altos, com finalidade de serem intransponíveis, datados com torres de observação, onde devem ficar guardas armados. Os muros devem também conter refletores para evitar fugas noturnas.

O art. 88 da LEP dispõe que o condenado deverá cumprir sua pena em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. A cela deverá ter condições mínimas de habitabilidade, tais como: salubridade e área mínima de 6 m².

Quanto a exigência imposta pelo legislador de que o recluso deverá permanecer em isolamento noturno, Bitencourt (2000, p. 417) expressa com clareza a distância existente entre tal previsão legal e a realidade do sistema carcerário brasileiro:

... na prática esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de 'mera carta de intenções' do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais. Com a superpopulação carcerária constatada em todos os estabelecimentos penitenciários, jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno.

6.3.2 Regime Semi-aberto

Segundo Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 255), a idéia de prisão semi-aberta surgiu com a construção da prisão de Witzwill, na Suíça. Tal estabelecimento penal localizava-se na zona rural, onde os condenados trabalhavam como colonos de uma fazenda, sob uma vigilância reduzida, confiando-se no sentenciado.

O regime semi-aberto é um regime intermediário entre a reclusão total e a liberdade.

Caracteriza-se pela vigilância mais branda. O estabelecimento penal possui configuração arquitetônica mais simples, com menores preocupações com a segurança.

Este regime baseia-se principalmente, no senso de responsabilidade do condenado. A vigilância é discreta e os funcionários da guarda não devem estar armados.

O regime semi-aberto é o regime inicial de cumprimento de pena para o condenado à pena superior a quatro anos e não excedente a oito anos, desde que não reincidente (art. 33, §2º, "b" do CP).

Também deve obrigatoriamente iniciar o cumprimento de pena no regime semi-aberto, o condenado reincidente à pena de detenção.

O regime semi-aberto deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar (art. 3º, §1º, "b" do CP e art. 91 da LEP).

Como já visto, a idéia do regime semi-aberto nasceu do trabalho no campo, em colônias agrícolas. Contudo, a constatação de que a maioria dos condenados advém dos grandes centros urbanos, levou o legislador pátrio a optar pela diversidade dos estabelecimentos penais.

O art. 92 da LEP permite o alojamento do condenado em compartimento coletivo, não se exigindo, portanto, o isolamento como no regime fechado.

Contudo, segundo Albergaria (1993, p. 109), o alojamento coletivo deve ser tido como exceção, sendo a regra o quarto individual.

... todo recluso deve ter sua cela individual não só para o repouso noturno, como para isolar-se em certas ocasiões, pois todo homem necessita de momentos para solidão. É uma tortura obrigar o preso a passar todas as horas do dia com outros presos. Dizia Dostoiévski de sua experiência: aprendi a apreciar o sofrimento que é o mais agudo e doloroso na prisão: a convivência forçada; em nenhuma parte é tão horrível como no cárcere; ali existem homens com os quais ninguém gostaria de viver.

De acordo com o art. 92 da LEP, para as dependências coletivas, deve haver a adequada seleção dos presos; deve ser observado o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos da individualização da pena, bem como também, devem ser observados os mesmos requisitos de salubridade exigidos nas penitenciárias.

Aos condenados que cumprem pena no regime semi-aberto é permitido, conforme art. 122 e seguintes da LEP, obter autorização para saídas temporárias, sem vigilância direta.

Tais saídas temporárias podem ter por finalidade a visita a familiares, a freqüência a cursos supletivos ou profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior, bem como a participação em atividades que concorram para a ressocialização do condenado.

A autorização para saídas deve ser dada pelo Juiz da execução penal, limitando o art. 124 da LEP a sete dias, podendo ser renovada mais quatro vezes ao ano.

Contudo, é óbvio que tal limitação não se aplica nos casos de freqüência a cursos profissionalizantes ou de instrução de 2º grau ou superior, tendo em vista o caráter contínuo e prolongado dos mesmos.

Porém, Silva (2001, p. 127) defende a idéia de que tal limitação não deve ser aplicada com rigor pelo Juiz, devendo-se estimular quaisquer atividades que contribuam para a volta do convívio harmonioso do condenado à sociedade.

... toda e qualquer atividade que possa auxiliar no retorno harmonioso e saudável do condenado ao meio social, seja contribuindo na sua formação intelectual, profissional, moral ou espiritual, e havendo compatibilidade dessa atividade com as características do regime prisional, não deve ser limitada a saída temporária do condenado para atividades ressocializadoras a poucas ocasiões durante o ano. Pelo contrário, devidamente acompanhadas e monitoradas pela administração penitenciária, devem ser fomentadas as atividades que visem a readaptação social do condenado.

6.3.3 Regime Aberto

Segundo Mirabete (Manual de Direito Penal, 2000, p. 255), a prisão em regime aberto teve sua origem em 1868, no Estado de New York, quando se fez a primeira experiência através do *probation system*, ingressando posteriormente no direito britânico em 1907, no belga em 1915, no sueco em 1918, no tcheco-eslovaco em 1919, no australiano em 1920 e no francês em 1951.

No Brasil, o regime aberto surgiu em 1965, por iniciativa do Poder Judiciário, com o Provimento nº XVI do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo, substituído no ano seguinte pelo Provimento nº XXV. Contudo, a prisão albergue somente foi legalmente instituída em 24/05/1977, com a promulgação da Lei 6.416.

O regime aberto pode ser aplicado pelo Juiz em sua sentença condenatória ao delinqüente condenado a pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, desde que não reincidente (art. 33, §2º, “c” do CP). O regime aberto também é aplicado ao condenado como sendo a terceira fase da progressão de regime, desde que atendidos os requisitos do art. 112 e art. 114, ambos da LEP.

O referido art. 114 exige como condição para que o condenado progrida para o regime aberto que ele esteja trabalhando ou que comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Exige também, que o apenado apresente pelos seus antecedentes (no caso de fixação do regime aberto como regime inicial) ou pelos resultados dos exames a que foi submetido (no caso de progressão de regime),

fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Segundo o art. 114, parágrafo único da LEP, poderá ser dispensado do trabalho os condenados referidos no art. 117 da mesma Lei: condenado maior de 70 anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; condenada gestante. Acrescente-se que, para estes é admitida a prisão domiciliar.

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36 do CP), sendo o grande mérito desse regime, a obrigatoriedade do trabalho, preparando o condenado para o momento em que deverá deixar definitivamente o sistema carcerário e retornar ao convívio social em liberdade. O regime aberto também mantém o condenado mais próximo de sua família e mais longe do ambiente deletério das prisões coletivas (Mirabete, *in* Manual de Direito Penal, 2000, p. 255).

Em síntese, é o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade no qual o condenado trabalho, estudo ou dedica-se a outras atividades lícitas fora do estabelecimento, durante o dia, sem escolta ou vigilância, e recolhe-se à Casa do Albergado à noite e nos dias em que não deva exercer tais misteres. (MIRABETE *in* Execução Penal, 2000, p. 254)

De acordo com art. 113 da LEP, o condenado somente poderá ingressar no regime aberto se aceitar as condições impostas pelo Juiz, dentre as quais deverão estar obrigatoriamente as previstas no art. 115 da LEP, e outras que o Juiz houver por bem fixar, sempre visando a individualização da pena.

Segundo Silva (2001, p. 129/130), a aceitação de tais condições se dará na audiência admonitória, que é formalidade obrigatória tanto para o caso de fixação do regime aberto como regime inicial, quanto para o caso de progressão prisional.

Caso o condenado encontre-se preso, ele será requisitado para participar dessa audiência. Se ele estiver solto, deverá o mesmo ser intimado para comparecer à audiência admonitória. Somente será expedido mandado de prisão, no caso do condenado inviabilizar a intimação ou deixar de comparecer injustificadamente à audiência.

É na audiência admonitória, no caso do regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, que é expedida a guia de recolhimento, dando início, assim, à execução penal.

O não comparecimento do condenado a essa audiência, não é causa de regressão de regime, uma vez que não está prevista no rol do art. 118 da LEP, e também porque antes dessa audiência ainda não se iniciou a execução da pena.

No regime aberto, segundo Albergaria (1996, p. 37), há mais ênfase nas atividades de transação da prisão para a sociedade. Baseia-se na confiança depositada no condenado. “Há ausência de precaução sobre segurança e vigilância, em razão da aceitação voluntária de disciplina e do senso de responsabilidade do condenado”.

No regime aberto o condenado deverá cumprir sua pena na Casa do Albergado ou outro estabelecimento adequado (art. 33, §1º, “c” do CP).

Segundo o art. 94 da LEP, a Casa do Albergado caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Isto porque, o regime aberto, como já dito, baseia-se no senso de responsabilidade e autodisciplina do condenado.

Determina LEP, também em seu art. 94, que o prédio da Casa do Albergado localize-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos penais.

A exigência da localização em centro urbano tem por finalidade facilitar o acesso do condenado ao trabalho, à escola ou a outro estabelecimento onde vá exercer suas atividades.

Na Casa do Albergado deverá haver, além dos alojamentos dos presos, local adequado para cursos e palestras, assim como instalações destinadas aos serviços de fiscalização e orientação dos condenados (art. 95 da LEP).

Segundo Mesquita Júnior (1999, p. 199), a Casa do Albergado é “um estabelecimento que não tem estrutura de presídio, sendo que a única vigilância se restringirá à segurança das instalações, ou seja, o controle de entrada e saída do condenado na casa de albergado será feito por cartão ponto”.

Por fim, conforme o art. 36, §2º do CP e art. 118 da LEP, o condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se

frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

7. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL

7.1 Princípio da Legalidade

A origem do princípio da legalidade é bastante discutida entre os doutrinadores. Alguns afirmam que este princípio surgiu no direito romano, enquanto outros sustentam que as raízes históricas do princípio da legalidade encontram-se no direito medieval.

Apesar dessa controvérsia, o princípio da legalidade foi bastante difundido e defendido a partir do século XVII, com a propagação das idéias iluministas.

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 74), um dos principais defensores desse princípio foi Cesare Bonnesana, o Marquês de Beccaria. Até mesmo defensores do absolutismo, como Thomas Hobbes, chegaram a defender a observância do princípio da legalidade.

No entanto, de acordo com Goulart (1994, p. 87), o reconhecimento legislativo desse princípio veio através da elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América, em 19.09.1787. Posteriormente, em 1789, o princípio da legalidade foi consagrado na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (arts. 7º e 8º). A partir daí esse princípio passou a ser previsto na maioria das Constituições dos países civilizados, tanto no que diz respeito ao crime quanto à pena, sendo que somente os regimes totalitaristas o têm negado.

No início do século XIX, Feuerbach consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

No Brasil, esse princípio já se encontrava presente na Constituição do Império, de 24.03.1824, em seu art. 179, §11º. Também era previsto no Código Criminal de 1830, em seu art. 1º.

Atualmente, o princípio da legalidade vem previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXIX, dentre os direitos e garantias fundamentais, consistindo na tradução literal do enunciado de Feuerbach: “Não há crime sem lei anterior que o defina, em pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade constitui efetivo controle ao poder punitivo estatal, visando evitar arbitrariedades ou excessos desse poder.

Assim, segundo Goulart (1994, p. 87/88), “modernamente, o direito de punir do Estado não é mais um poder absoluto sobre o cidadão”, visto que a soberania estatal está subordinada ao Direito. O poder originário de punir transforma-se em poder jurídico, isto é, “na faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme o direito”.

Decorrem diretamente do princípio da legalidade, os princípios da reserva legal, da anterioridade e da taxatividade.

Princípio da Reserva Legal:

Tal princípio tem finalidade de limitar o poder punitivo do Estado à Lei.

O postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas poder ser processado e condenado. (LUISI, 2003, p. 23).

Assim, para criminalizar-se condutas e/ou impor-se penas, é necessário uma expressa previsão legal, excluindo-se, portanto, os costumes, os princípios gerais do direito e a analogia, como fontes do direito para integrar normas incriminadoras.

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 77), “a exigência de lei refere-se à previsão escrita, abstrata e genérica, aprovada pelo Poder Legislativo competente, ou seja, lei em sentido estrito (no Brasil, lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional)”. Dessa forma, também não é possível a criação de normas incriminadoras ou imposição de penas através de Medida Provisória.

Princípio da Taxatividade:

De acordo com esse princípio, as normas incriminadoras devem ser o mais clara possíveis, evitando-se tipos vagos e imprecisos.

No que diz respeito às penas, o princípio da taxatividade visa impedir as chamadas penas indeterminadas. Assim, adequa-se melhor a esse princípio o sistema de penas utilizado em países democráticos, nos quais o legislador fixa limites mínimos e máximos para cada pena, sendo que o juiz deverá aplicar a pena no caso em concreto, sempre atendo-se a esses limites.

Como muito bem ensina Luisi (2003, p. 25), o princípio da taxatividade visa proteger o cidadão do arbítrio do Poder Judiciário:

A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.

Princípio da Anterioridade:

Também conhecido como Princípio da Irretroatividade da Norma Penal Incriminadora, este princípio vem consagrado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2º do Código Penal.

Tal princípio expressa a exigência da atualidade da lei que traz normas incriminadoras e/ou impõe penas, sendo que referida lei somente pode alcançar fatos posteriores a sua edição.

De acordo com Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 78), sobre o princípio da anterioridade:

Trata-se de garantia ao cidadão de que apenas será punido pela lei que estiver em vigor na data da conduta prevista como delituosa, bem com não poderá ser aplicada pena diferente ou mais severa que aquela cominada na mesma época.

É de suma importância, ressaltar que a lei somente torna-se obrigatória após sua publicação, observado o período de *vacatio legis*.

Dessa forma, é necessário salientar que, o princípio da legalidade deve ser integralmente observado em matéria de execução penal.

A finalidade da execução penal é a efetivação da sanção penal e também a reinserção social do condenado. Assim, para que tais objetivos sejam alcançados, é necessário que a execução penal esteja vinculada à Lei e ao Direito.

De acordo com René Dotti (*apud* GOULART, 1994, p. 92), o “princípio da legalidade na execução penal, consiste ‘em demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão’”.

Assim, o direito de punir do Estado está limitado ao Direito juridicamente disciplinado, devendo sempre se ater aos limites legalmente impostos.

7.2 Princípio da Pessoalidade

O chamado Princípio da Pessoalidade vem previsto em nossa Constituição Federal no art. 5º, inciso XLV, que dispõe:

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.

De acordo com esse princípio, a pena aplicada a um indivíduo não pode passar de sua pessoa, não pode atingir terceiros estranhos ao delito, ainda que estes sejam ligados por laços de parentesco ao sentenciado.

Apesar desse princípio estar presente em quase todas as Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, a história mostra que tal princípio nem sempre esteve vigente.

O principal exemplo trazido pela doutrina é a condenação de Tiradentes, que além de enforcado, teve seus bens confiscados e a infâmia lançada sobre sua família até a terceira geração (filhos e netos).

Assim, segundo Goulart (1994, p. 96), o princípio da pessoalidade, ou personalidade, trata-se “de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade de justiça”.

Dessa forma, o princípio da pessoalidade assegura que somente será punido por um crime quem o cometer, ou quem ao menos dele tenha participado culposamente. Ninguém será punido sem que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem que seja demonstrada sua culpabilidade. O art. 19 do Código Penal assim

assegura, sendo que somente responderá pelo resultado que especialmente agravar a pena quem o houver causado ao menos culposamente.

Assim, excluída está no direito penal a responsabilidade por fato alheio, como existe no direito civil.

Conforme muito bem observa Shecaria e Corrêa Júnior (2002, p. 80/81), o princípio da pessoalidade deve ser observado em relação a todos os tipos de pena, inclusive a pena pecuniária. Portanto, as sanções pecuniárias também não podem passar da pessoa do condenado para atingir bens alheios.

A segunda parte do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, dispõe sobre a possibilidade da obrigação de reparar do dano e a decretação de perdimento de bens serem estendidas aos sucessores do condenado até o limite da herança.

Quanto a essa disposição acima, é necessário ressaltar que as penas pecuniárias integram o sistema de penas vigente, não podendo, em hipótese alguma, alcançar terceiros, em face da proteção contida o art. 5º, XLV, da CF. Também é importante destacar que, segundo o art. 107, inciso I do CP, a morte é causa de extinção da punibilidade do agente, cessando, então, o direito de persecução penal do Estado. Além disso, importante esclarecimento traz Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 81) a respeito da segunda parte do art. 5º, XLV, da CF:

A reparação do dano não se confunde com o pagamento da pena pecuniária, pois aquela não está contida no rol das sanções penais, não sendo então uma pena, mas sim efeito da condenação (art. 91, I, do CP) [...] a previsão do perdimento de bens neste dispositivo constitucional refere-se ao possível efeito da condenação (art. 91, II, do CP), não se confundindo com a pena de perda de bens e valores. Destarte, tais conseqüências da condenação, uma vez impostas e não possuindo a natureza de sanção penal, transmite-se, aliás, como reza o mandamento constitucional, aos sucessores do condenado até o limite do valor do patrimônio transferido.

No que tange ao princípio da pessoalidade, uma última consideração deve ser feita: evidente está que tal princípio proíbe que a pena ultrapasse a pessoa do condenado. Contudo, o fato é que, em muitos casos, a pena pode trazer danos e sofrimentos a terceiros; como é o caso do exemplo trazido por Luisi (2003, p. 51/52), da mulher que, tendo o marido e chefe de família preso, vê-se obrigada a se prostituir para prover o seu sustento próprio e dos filhos.

Tentando ao menos minimizar tais situações, é que a LEP, no art. 23, VII, determina que o serviço social deverá, quando necessário, orientar e amparar a família do preso, do internado e da vítima. Também o art. 29, §1º, alínea “b”, do mesmo diploma legal, prevê que o produto do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, à assistência de sua família.

7.3 Princípio da Individualização

O art. 5º, inciso XLVI, da CF, consagra o princípio da individualização em nosso ordenamento jurídico dispondo:

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.

Em síntese, o princípio da individualização consiste em adequar a pena legalmente prevista ao caso concreto. O juiz possui discricionariedade para atuar, para aplicar a pena, mas sempre dentro dos parâmetros previstos pelo legislador.

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (202, p. 83), e Luisi (2003, p. 52), a individualização da pena ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória.

A primeira etapa é a legislativa, na qual a lei fixa as penas para determinado tipo de crime, levando-se em conta a importância do bem jurídico tutelado. A pena é fixada dentro de parâmetros variáveis de máximo e mínimo, e fixa também a espécie de pena.

O legislador infraconstitucional deve observar o disposto no art. 5º, XLVI, da CF, que traz as espécies de pena. Contudo, tal rol é meramente exemplificativo, podendo ser criadas outras espécies de pena.

Já o art. 5º, XLVII, da CF traz um rol taxativo de vedações que devem sempre ser respeitadas pelo legislador, como por exemplo, a vedação à pena de morte e à pena de caráter perpétuo.

Outro momento da individualização da pena é o judicial. Aqui o juiz vai fixar a quantidade da pena, dentro dos parâmetros legalmente previstos, e fixar também a espécie da pena, quando prevista alternativamente. É uma atividade discricionária do juiz vinculada à Lei.

Para este trabalho de individualização da pena, o juiz deve considerar a culpabilidade do agente, seus antecedentes, conduta social, sua personalidade, motivos e circunstâncias do delito, e também o comportamento da vítima (art. 59, do CP).

O juiz, pois, nos limites que a lei impõe realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima.

Por fim, o princípio da individualização também deve ser observado na fase da execução penal.

Nessa fase, em que realmente a pena começa a atuar sobre a pessoa do delinqüente, busca-se proporcionar um tratamento penal diferenciado, separando-se os condenados em estabelecimentos penais diferentes, de acordo com o delito, idade e sexo, conforme determina o art. 5º, XLVIII, da CF.

Contudo, a realidade prisional é muito diferente do que foi previsto pelo legislador constitucional, como muito bem expõe Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 84):

Entretanto, o que se verifica na realidade não condiz com os conceitos supracitados. Empiricamente, o que ocorre é uma mistura dos mais diferentes tipos de delinqüentes, que acabam por influenciar a maioria daqueles que são condenados ao cárcere. Na linguagem popular, é a “escola do crime”, que muito contribui para o fracasso da pena como instrumento de reinserção social, criando inclusive as condições adequadas para que o condenado retorne à delinqüência.

Durante a execução da pena, a individualização opera através da progressão de regime e do livramento condicional, que são concedidos ao sentenciado de acordo com o mérito demonstrado no decorrer do cumprimento de sua pena.

O princípio da individualização da pena vem previsto em diversos dispositivos da LEP, em especial no art. 5º, que determina a classificação dos condenados de acordo com seus antecedentes e personalidade.

Assim, conclui-se que, tanto na individualização judiciária, quanto na executória, a pessoa do delinqüente tem importância fundamental. Com a observância desse princípio busca-se evitar que o condenado sofra mais do que o previsto em lei, valorizando suas características pessoais, favorecendo assim, sua reinserção social.

7.4 Princípio da Humanidade

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 87), é através da forma de punir que se verifica o estágio de evolução moral e espiritual de uma sociedade.

O princípio da humanidade ou da dignidade da pessoa humana consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, digna dos direitos fundamentais, que lhes devem ser garantidos quando não atingidos pela condenação.

Tal princípio constitui uma efetiva limitação do poder punitivo estatal. Contudo, nem sempre foi assim.

Como já visto anteriormente, a sociedade começou a insurgir-se contra as penas cruéis e excessivas a partir dos séculos XVII e XVIII, com o movimento do Iluminismo. A obra de Beccaria, “Dos Delitos e Das Penas”, foi um grande marco histórico. Nesta obra o autor dedica-se a demonstrar seu inconformismo com esse tipo de punição.

Foi através da criação efetiva do Estado preconizado pelo Iluminismo que se iniciou a reação legislativa contra a crueldade das penas, sendo que a partir daí os direitos humanos fundamentais passaram a ser parte integrante das Constituições dos países civilizados.

Vários são os Tratados Internacionais que trazem em seu texto o princípio da humanidade:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) prevê, em seu artigo V, que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) determina em seu art. 10, 1, que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade humana”.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969), no art. 5º, 2, reza que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

No Brasil, além de nosso país ter ratificado tais tratados internacionais, a Constituição Federal traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III).

O princípio da humanidade encontra-se expresso em diversos dispositivos constitucionais, como no art. 5º, XLIX, onde é garantido aos presos o respeito a sua integridade física e moral.

Contudo, o dispositivo constitucional que trata do princípio em estudo com mais relevância é o art. 5º, XLVII, o qual assegura que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada ou nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Assinale-se que o banimento da pena de morte é uma tendência majoritária das legislações contemporâneas.

A LEP, em seu art. 40, determina também que seja observado o princípio da humanidade dispondo: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Assim, nenhuma pena pode ter uma finalidade que atente contra a dignidade da pessoa humana, contra sua incolumidade como ser social.

Dessa forma, o princípio da humanização da pena afasta a aplicação de punições cruéis, desumanas e degradantes. Tais modalidades de pena são incompatíveis com a dignidade da natureza humana, constituindo-se em modalidades de castigos, que repudiam ao senso moral da comunidade democrática, pois, ofendem “a dignidade que sempre

permanece em maior ou menor escala, até no pior delinqüente". (GOULART, 1994, p. 110).

Contudo, o princípio em estudo não pode servir para descaracterizar a natureza aflitiva da sanção penal, que é a resposta da sociedade à agressão sofrida pelo cometimento do delito. Não pode este princípio ser interpretado com óbice à punição certa e rigorosa por parte do Estado. Nesse sentido, é importante ressaltar a lição de H. H. Jescheck, trazida pela maioria dos doutrinadores:

O direito penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve pôr em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas da liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade. (JESCHECK *apud* LUIZI, 2003, p. 50/51 e *apud* SHECAIRA E CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 87).

Por fim, não se pode ignorar que, na realidade, vários castigos ilegais são impostos aos presos, condenados ou não. Assim, como muito bem adverte Goulart (1994, p. 110), é necessária uma maior fiscalização por parte das autoridades responsáveis para evitar-se que o princípio da humanidade, previsto em nossa legislação, não permaneça no plano de mera proclamação retórica. Também é necessária, inclusive, uma reformulação da legislação acerca do crime de abuso de autoridade, uma vez que a legislação atual tem se mostrado ineficaz e insuficiente.

7.5 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não foi previsto de forma expressa na Constituição. Contudo, tal princípio pode ser extraído da interpretação de diversos dispositivos constitucionais.

A idéia de proporcionalidade como limitação do poder punitivo estatal surgiu com o Iluminismo, no século XVIII, muito embora a Lei de Talião já fosse um sinal dessa proporcionalidade em tempos mais remotos.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, deve haver certa vinculação eqüitativa entre o delito praticado e sua consequência jurídica.

Para Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 89), o princípio em questão pode ser analisado em três momentos distintos:

Momento legislativo: o legislador tipifica o delito e comina uma pena proporcional ao bem jurídico tutelado;

Momento judicial: o juiz aplica a pena ao delinqüente proporcionalmente a gravidade objetiva do delito praticado, levando-se em consideração a conduta efetivamente praticada e o dano efetivamente sofrido pelo bem jurídico tutelado;

Momento executório: embora já determinada a pena na sentença judicial, a proporcionalidade deve acompanhá-la no momento de sua execução.

De acordo com Goulart (1994, p. 109), a proporcionalidade na execução penal será estabelecida através da classificação do condenado, de maneira a estabelecer correspondência entre o preso, a pena que lhe foi imposta e a forma que esta é executada, devendo haver para isso, o exame de sua personalidade e do fato a ele imputado.

Estando o princípio da proporcionalidade inserido no princípio da personalidade, ambos vêm previstos no art. 5º, da LEP. O princípio em estudo, também se relaciona ao princípio da culpabilidade, devendo a pena ser aplicada proporcionalmente às consequências jurídicas do delito e de acordo com os diferentes graus de participação do condenado.

Nesse sentido, como bem explica Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 90), “o art. 59 do CP determina que o juiz determine a qualidade e a quantidade da pena conforme seja necessário e suficiente à reprovação do delito, vale dizer, conforme a culpabilidade do agente pelo fato praticado”.

7.6 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite da pena.

O Direito Penal primitivo caracterizava-se pela responsabilidade objetiva, segunda a qual o agente respondia pelo simples fato de ter causado o dano. Era suficiente a ocorrência de dano para aplicação da pena, sem que fosse necessário qualquer liame psicológico entre a ação do indivíduo e o dano causado.

De acordo com Prado (2002, p. 117), a responsabilidade objetiva teve sua origem no direito canônico medieval, com o princípio *versari in re illicita operam Danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*, ou simplesmente, *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, segundo o qual “quem pratica um ato ilícito responde por todas as suas conseqüências, independentemente de serem queridas, previstas ou fortuitas. Atribui-se responsabilidade dolosa, quando sequer há culpa”.

Contudo, nos tempos atuais a responsabilidade objetiva no direito penal encontra-se praticamente erradicada, vigendo, de acordo com grande parte da doutrina, o princípio *nullum crimen sine culpa* ou *nulla poena sine culpa*.

Ressalte-se, porém que, segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 103), o direito penal moderno, no que tange a culpabilidade, tem o fato como regra, é um direito penal de fato, mas que também considera o agente.

Assim, quase de forma pacífica, modernamente, temos a culpabilidade do fato como regra – que também não desconsidera o agente – e tal conquista, de certa forma, articula-se com a idéia de que o Direito moderno, muito mais do que um direito da culpa (*nullum crimen sine culpa*), é um Direito do fato (*nullum crimen sine praevia lege*). Em conseqüência, o Direito Penal é do fato, e não do autor.

O princípio da culpabilidade, apesar de ser um dos princípios basilares do direito penal, não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, encontrando-se, contudo, implícito em vários dispositivos constitucionais, como por exemplo, no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 4º, II (prevalência dos direitos humanos); art. 5º, “caput” (inviolabilidade do direito à liberdade); além de constituir a idéia central da qual derivam os princípios da responsabilidade objetiva, da personalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF), e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

O princípio em estudo também vincula-se ao princípio da igualdade (art. 5º, XLV, da CF), que veda o tratamento igualitário ao culpável e inculpável.

Segundo Bitencourt (2000, p. 14), o conceito de culpabilidade pode ser entendido num triplo sentido:

Culpabilidade como fundamento da pena:

Refere-se a possibilidade de aplicação ou não de pena ao autor da prática de fato típico e antijurídico. Para que se possa aplicar a pena, são necessárias as presenças de capacidade de culpabilidade, de consciência da ilicitude e de exigibilidade da conduta, que representam o conceito dogmático da culpabilidade, sendo que a falta de qualquer desses requisitos leva à impossibilidade de aplicação da sanção penal.

Culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena:

A culpabilidade não representa o fundamento da pena, mas sim o limite desta. Não é possível a aplicação de uma sanção penal aquém ou além da medida da culpabilidade do autor da infração penal.

Culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva:

Como já ressaltado, modernamente, praticamente inexistente a idéia de responsabilidade objetiva no direito penal, sendo este o grande mérito do princípio da culpabilidade. Assim, ninguém pode ser punido por um fato absolutamente imprevisível, sem que tenha agido com dolo ou culpa.

Por fim, Bitencourt (2000, p. 15), resume muito bem o princípio da culpabilidade:

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais: a) *não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado*; b) *a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor*; c) *a culpabilidade é a medida da pena*.

7.7 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, “caput”, também deve ser observado na fase de execução penal, conforme dispõe o art. 3º, parágrafo único, da LEP, que determina: “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Assim, o referido dispositivo da LEP assegura que não haverá tratamento desigual entre os condenados, sendo que seus direitos não atingidos pela sentença condenatória não poderão ser suprimidos por razões concernentes à raça, à condição social ou à opção política do condenado.

Contudo, conforme ensina Goulart (1994, p. 107), o princípio da isonomia deve ser interpretado de acordo com o princípio da legalidade (art. 3º, “caput”, da LEP), segundo o qual a reserva de direitos dos condenados está restrita aos direitos não atingidos pela sentença.

Assim, é preciso ter em mente que a sentença condenatória não atinge todos os condenados de forma homogênea, sendo que a uns são preservados mais direitos do que a outros. Assim, o princípio da isonomia na execução penal também deve consistir em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais.

Dessa forma, de acordo com Capez (2004, p. 24), “ninguém poderá sofrer tratamento discriminatório durante a execução penal, salvo as distinções em face do mérito pessoal do sentenciado e das características individuais de cada execução”.

Também vale ressaltar, como muito bem o faz Mirabete (Execução Penal, 2000, p. 42/43), que o princípio em estudo proíbe “qualquer tipo de discriminação e não pode esse princípio ceder inclusive a determinações fundadas apenas na alegação de necessidade de individualização da pena e do tratamento do sentenciado”.

Por fim, insta salientar que, qualquer tratamento desigual entre os condenados, implicando assim na violação do princípio da isonomia, deve ser combatido com a intervenção jurisdicional, através dos remédios previstos em lei.

7.8 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima é um princípio vinculado aos pensamentos iluministas, e foi consagrado no texto da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, que dispunha: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...”.

Em nossa Constituição Federal e em grande parte das constituições e leis penais contemporâneas, o princípio em questão não se encontra explicitado.

Contudo, como ensina Luisi (2003, p. 40), é possível auferir tal princípio da Constituição vigente em nosso país, através do disposto no art. 5º, “caput”, que determina serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade; e também quando coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, tem como finalidade impor limites ao arbítrio judicial. É necessário para evitar uma legislação inadequada, injusta e também para eliminar o arbítrio do legislador.

De acordo com o princípio em comento, a criminalização de uma conduta deve ser a última medida para proteção do bem jurídico. Assim, enquanto forem suficientes medidas civis ou administrativas para tutela do bem jurídico, não se deve recorrer à tutela penal.

Segundo Bitencourt (2000, p. 11):

O Direito Penal assume uma *feição subsidiária* e a sua intervenção se justifica quando – no dizer de Muñoz Conde – ‘fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito’

Contudo, modernamente é possível vislumbrar a crescente perda de força intimidativa do direito penal. Isto se deve à criação excessiva e descriteriosa de delitos. Para Francisco Carnelutti (*apud* LUISI, 2003, p. 42), os efeitos da inflação legislativa assemelha-se aos da inflação monetária, pois “desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral”.

De acordo com Luisi (2003, p. 45), para criação de novos tipos penais recomenda-se a observação dos critérios da proporção e da necessidade. Assim,

para se elaborar um tipo penal é necessário que o bem jurídico a ser tutelado faça parte de valores fundamentais, básicos ao convívio social, e que a ofensa a esse bem jurídico seja de efetiva e real gravidade. Por outro lado, é necessário que não haja nenhuma outra forma de se tutelar esse bem jurídico, é preciso a necessidade inquestionável e inalterável da tutela penal.

8. A CRISE NO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Apesar de, como já visto, a pena privativa de liberdade ter uma finalidade de reeducação do condenado, além, é claro, de seu intrínseco caráter de retribuição do mal causado; dos diversos princípios informadores da execução penal, que visam, todos, garantir uma pena mais humana, mais proporcional e menos degradante ao condenado; e não obstante todas as garantias constitucionais e legais conferidas aos reclusos, pode-se dizer, sem receio, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em crise.

Diariamente, através dos meios de comunicações, tem-se notícias de novas rebeliões, da ocorrência de massacres nos interiores dos presídios, ficando cada vez mais evidente que a situação prisional do Brasil tem fugido ao controle das autoridades.

O tema em questão tem gerado inúmeras discussões no meio jurídico, sendo que os principais problemas apontados são a crescente inflação legislativa penal, a falta de vontade política por parte dos governantes de se enfrentar o problema do caos penitenciário, a superlotação dos presídios e a ociosidade dos presos.

Coelho (1999), descreve muito bem a realidade carcerária nacional:

A nossa realidade penitenciária é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer jaulas de homens) sujas, úmidas, anti-higiênicas e super lotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros rezavam em pé. Por sua vez, a promiscuidade interna das prisões é tamanha, que faz com que o preso, com o tempo, perca o sentido de dignidade e honra que ainda lhes resta, ou seja, em vez do Estado, através do cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o preso de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma contrária, inserindo o condenado num sistema, que para EDMUNDO OLIVEIRA nada mais é do que: “um aparelho destruidor de sua personalidade”, pelo qual: “não serve para o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos”. Nota-se assim, que o desrespeito ao preso, não atinge apenas os seus direitos, agridem a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os à situação de animais insignificantes.

Contudo, deve-se ressaltar que o caos que se encontra instalado hoje no sistema penitenciário brasileiro não ocorreu da noite para o dia. Há muito, que a questão penitenciária vem sendo ignorada pelos políticos que se sucedem no governo.

Já em 1972, falava-se em crise da pena de prisão:

[...] o certo é que a instituição entrou em crise quanto a sua própria essência, ao menos doutrinariamente. Dizem que ela é nociva para o Estado (gastos), para o delinqüente (corrupção), para sua família (falta de assistência) e para a vítima (impossibilidade de ser indenizada) e que deve ser substituída por outro tipo de sanção, como foram substituídas em seu dia as penas corporais, de galeras etc. (ARÚS, 1972, p. 312).

Como já destacado, um dos grandes problemas que contribuem para a crise do sistema penitenciário é a inflação da legislação especial que trata de matéria criminal.

Dotti (2003), em seu artigo “A crise do sistema penitenciário”, trata com brilhantismo do problema, entre outros, da inflação legislativa. De acordo com seu levantamento, existem aproximadamente 119 diplomas legais dispendo sobre crimes e contravenções penais, a parte do Código Penal.

Esse crescente número de leis penais é responsável pelo chamado “direito penal do terror”, onde há a massificação da responsabilidade criminal que, por pressão sensacionalista da mídia, subverte o princípio da presunção de inocência, criando quase uma responsabilidade objetiva penal. Também esse direito penal do terror é responsável pela erosão do sistema positivo, estimulando o discurso político, que, na grande parte dos casos, não passa de mera retórica, anarquizando os meios e métodos de controle da violência.

Assim, a cada novo crime que choca a sociedade, a mídia, que geralmente se utiliza dessas tragédias para angariar audiência, com um tratamento sensacionalista, brada pela criação de novos tipos penais e pelo endurecimento das penas de crimes já tipificados, fomentando um clima de pânico e alarme social.

Como conseqüência, os legisladores pressionados pela sociedade que, por sua vez, é influenciada pelos meios de comunicações, criam, de acordo com Silva

Júnior ([199-?]), cada vez mais novos tipos penais, aumentam penas, suprimem ou mitigam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Tudo para vencer a guerra contra a criminalidade.

Contudo, deve-se ressaltar a advertência feita por Silva Júnior ([199-?]):

Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente.

Também Dotti (2003), assegura que “as sucessivas crises penitenciárias não resultam da ausência de leis, mas, sim, da *desobediência secular* do poder público e seus agentes em torna-las efetivas”.

Outro problema que concorre definitivamente para a crise do sistema penitenciário nacional é a falta de vontade política de se resolver a questão.

De acordo com Coelho (1999), para recuperar o sistema prisional existente, o governo deveria destinar uma grande verba para construção de novos presídios, manutenção dos já existentes, manutenção de um quadro de funcionários para manter o funcionamento do estabelecimento e fornecer aos presos programas destinados a sua recuperação, reeducação e reintegração social.

Contudo, o governo somente investe algum valor no sistema penitenciário quando realmente não há outra alternativa, quando por imperativo de ordem nacional o Estado não tem outra saída.

Na maioria das vezes, os governantes exercem um governo voltado mais a promoção de sua imagem pessoal do que à solução de problemas sociais.

[...] falta vontade política de nossos governantes, que na grande maioria das vezes realiza um governo voltado para a ascensão de sua imagem política perante a sociedade, pensando assim: para que gastar verba pública em prol do sistema prisional, criminosos condenados, que em nada sensibilizam a opinião pública, se em vez disso eu posso usar esse valor realizando uma obra, prestando um serviço ou promovendo um evento qualquer que fará com que o povo se lembre de mim nas próximas eleições. (COELHO, 1999).

Traz também Coelho (1999) um exemplo verídico da cidade de Itaúna (MG), onde a lotação do estabelecimento prisional local estava com quase dez vezes a capacidade, não havia alimentos, assistência médica ou higiene suficiente, e mesmo assim, o prefeito construía mais uma praça na cidade, “para o deleite da população”.

Contudo, um dos problemas mais graves, decorrente dessa falta de vontade política, da falta de investimentos no setor penitenciário, é a superlotação dos presídios e penitenciárias.

Ressalte-se que, como consequência da superlotação, advém inúmeros outros problemas, como as rebeliões, violência no interior dos presídios e ociosidade dos presos.

Para se ter uma idéia da situação atual, de acordo com dados do último censo penitenciário, realizado em 1995, existem no Brasil 144.484 (cento e quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta e quatro) presos distribuídos, sabe-se Deus como, em 68.597 (sessenta e oito e quinhentos e noventa e sete) vagas nas penitenciárias nacionais.

Isso significa que mais da metade, ou seja, aproximadamente 53% dos presos brasileiros não possuem vagas nos presídios, fora os inúmeros mandados de prisão que são expedidos diariamente.

Dessa forma, cada vez mais vão sendo amontoados os condenados em celas desproporcionais, com alimentação precária e higiene quase inexistente.

De acordo com Thompson (2000, p. 105), o ponto básico para reforma do sistema penitenciário brasileiro seria provê-lo de capacidade para absorver sua clientela, isto porque, custe o que custar, seja como for, o indivíduo condenado ou preso provisório, deve ser recolhido à prisão, existindo vaga ou não. Portanto, para uma melhora da situação caótica atual do sistema penitenciário, seria necessário que houvesse vagas suficientes para que cada condenado fosse recolhido a um estabelecimento penal, sem que fosse necessário amontoa-lo numa cela com capacidade para dez presos, mas que já abriga cinquenta.

Contudo, para que sejam criadas as vagas necessárias, seria preciso a construção de, no mínimo, o dobro de penitenciárias existentes, o que é inviável

economicamente para um país que mau consegue manter serviços essenciais para a população, como saúde e educação, alegando falta de verbas.

A respeito dessa impossibilidade material para geração das vagas necessárias no sistema penitenciário, vale a pena a transcrição do diagnóstico feito por Manoel Pedro Pimentel, em 1976, quando titular em exercício na Secretaria de Justiça de São Paulo, lembrando que a situação atual ainda é pior do que a daquela época.

Hoje, a Secretaria de Justiça enfrenta uma carência de vagas que pode ser facilmente apontada através de números. A Casa de Detenção, construída para abrigar 2.200 homens, abriga hoje 6.000; vale dizer, nós estamos com excesso populacional da ordem de 3.800 homens.

Nas cadeias públicas do interior, estão recolhidos 7.200 homens, em excesso populacional, que deveriam estar recolhidos a presídios da Secretaria de Justiça, mas presídios que não existem.

Não vamos apontar falhas e culpas do passado, até porque isso não resolve o problema: vamos constatar uma realidade que existe, e que pode ser detectada através destes números.

Há um excesso populacional, portanto, da ordem de 11.000 homens, só na área da Secretaria de Justiça.

Sabendo-se que uma penitenciária ótima, de acordo com todos os ensinamentos modernos, depende de uma construção tipicamente especializada, e de alto custo, para abrigar o número de 500 presos – vamos relacionar este fato, com as construções recentes que o Estado de São Paulo está fazendo –, as penitenciárias de Pirajuí e de Araraquara, com capacidade para 500 homens cada uma, perfazendo, portanto, o total de mil, custaram ao Estado a soma global de duzentos milhões de cruzeiros, ou seja, duzentos bilhões de cruzeiros antigos.

Vale dizer, que para abrigar mil homens, o Estado gasta duzentos milhões de cruzeiros, ou seja, o custo de construção de uma vaga em presídio é da ordem de duzentos mil cruzeiros, o que supera o custo da criação de um emprego industrial que é da ordem de vinte mil dólares. Sendo certo que um emprego industrial que cria dez empregos indiretos é rentável, produtivo, enquanto que o custo maior de uma vaga de presídio é inteiramente ocioso e até depreciatório da condição humana.

Este problema, portanto, para ser resolvido, quanto ao excesso de população, demandaria a construção de, para onze mil presidiários, 22 penitenciárias de 500 presos, à razão de cem milhões de cruzeiros cada uma.

Mas, assim, não estaria resolvido o problema, porque em São Paulo existem 76 mil mandados de prisão por cumprir, sendo certo que nem todos esses mandados representam validamente uma prisão, dado que, contra um só réu, às vezes são expedidos vários mandados em decorrência de vários processos. Noutras circunstâncias, a pena já está prescrita, em outros casos, o réu já morreu, mas fazendo um abatimento bem grande, de mais de 50%, teríamos ainda válidos para cumprir em São Paulo 30 mil mandados de prisão, o que demandaria a construção de 60 penitenciárias para 500 presos à razão de cem mil cruzeiros cada uma.

Se todo o orçamento do Brasil fosse colocado a serviço dessas construções, como solução tradicional do problema do crime, nós ainda

não o teríamos resolvido, porque os mandados de prisão crescem à razão de mil por mês, demandando ainda a construção de duas penitenciárias por mês, o que, se fosse possível, em termos econômicos, não seria possível em termos de construção, em termos de engenharia.

Esta é a realidade que nós defrontamos!

É importante, ainda, ressaltar um outro grande problema do sistema penitenciário nacional: a ociosidade do preso.

Além do trabalho do condenado estar previsto na LEP como obrigatório (art. 31), o trabalho é uma importante forma de reeducação e ressocialização do preso, como muito bem já ensinava Arús (1972, p. 307):

[...] a atividade laboral dos reclusos é imprescindível por uma série de razões: do ponto-de-vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto-de-vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto-de-vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto-de-vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar a sua família; do ponto-de-vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade.

Contudo, tendo em vista o grande número de reclusos existentes, não há oferta de trabalho para todos. Para se ter idéia, de acordo com uma pesquisa elaborada por João Faria Júnior (*apud* COELHO, 1999), dos 100.000 presos existentes na época do levantamento, apenas 5% trabalhavam.

Por fim, vale destacar o alto custo de manutenção desse sistema penitenciário, mesmo com todos esses problemas citados e outros inúmeros.

De acordo com o censo penitenciário de 1995, o país gasta, em média, R\$ 415,69 (quatrocentos e quinze reais e sessenta e nove centavos) para manter o condenado nessas condições absurdas e sub humanas acima citadas, com superlotação nos presídios, má alimentação, falta de higiene e falta de cuidados médicos e odontológicos básicos.

Assim, como muito bem assevera Silva Júnior ([199-?]), a prisão, no estado em que se encontra hoje, é “uma maneira muito cara de tornar as pessoas piores”.

Para ilustrar seu posicionamento, Silva Júnior ([199-?]) cita a reportagem trazida pela revista *Veja* de 14/10/1992, a qual é oportuna a transcrição de um pequeno trecho:

[...] em Belo Horizonte, 300 presos dividiam onze celas na quais só havia espaço para quarenta e resolveram o problema com um ritual de eliminação. Com um sorteio, escolhiam um companheiro para morrer. De um saco plástico, retirava-se o nome da vítima. À noite, quando o escolhido estivesse dormindo, um colega saltava de um pequeno muro próximo ao banheiro da cela sobre seu estômago. Depois, enforcavam-no com uma camisa cheia de nós – a fatal Teresa, segunda a gíria das penitenciárias. Dias depois, morria outro e mais outro. Assim, quinze presos foram assassinados na loteria macabra.

Assim, conforme visto, para a recuperação do sistema carcerário, acabando com a superlotação e também elevando o número e promovendo o aperfeiçoamento dos profissionais (terapeutas, psicólogos, guardas) que trabalham no setor, seria necessário um investimento vultuoso.

Contudo, de acordo com Thompson (2000, p. 110), a questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não é um problema “em si”, mas sim parte integrante de um problema maior que é a questão criminal, sendo que, esta também decorre de um outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas.

Porém, algo já começa a ser feito para a reversão desse triste quadro que é a questão penitenciária brasileira.

9. TENTATIVAS DE REFORMULAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Diante do quadro caótico do atual sistema carcerário nacional, surge muita discussão acerca de como resolver os principais problemas como a superlotação e a ociosidade do preso, de como tornar o sistema realmente eficaz, no que diz respeito à ressocialização do preso.

Por outro lado, surgem questões como o que fazer com os criminosos violentos, extremamente perigosos e de difícil ressocialização, que não se adaptam com os regimes convencionais de cumprimento de pena? Em geral, tais criminosos tumultuam os estabelecimentos penais, organizando facções criminosas, subvertendo a ordem com rebeliões e mortes. Como o Estado deve tratar tais indivíduos?

Tentando solucionar essas questões, ou ao menos minimizar tais problemas, é que se tem utilizado no Brasil a privatização e industrialização das penitenciárias, e para os criminosos mais nocivos foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado.

9.1 Penitenciárias Privatizadas e Industriais

A privatização pode ser entendida como a entrega ao particular de um encargo público.

A idéia de privatização das penitenciárias teve sua origem na década de 80, como uma forma de solucionar os problemas do sistema penitenciário, como a superlotação e alto custo do sistema.

Hoje, esse sistema de privatização já foi implantado em países como os EUA, Portugal, Itália, Inglaterra, França e Austrália.

De acordo com Almeida (2003, p. 156), o processo de privatização em muitos países, inclusive no Brasil, teve como inspiração o norte-americano,

iniciado em 1983, com a fundação da empresa privada *Corrections Corporation of América (CCA)*.

De acordo com Minhoto (2000, p. 70), existem quatro modalidades de envolvimento privado, voltado ao lucro, no sistema penitenciário:

a) o financiamento da construção de novos estabelecimentos: empresas privadas financiam e constroem as prisões, arrendando-as posteriormente, ao governo que, após um período, obtém a propriedade da prisão.

Tal sistema é vantajoso, pois, diminui a burocracia existente para construção de presídios pelo Poder Público, e, também, porque os gastos são amortizados por um largo espaço de tempo;

b) a provisão dos serviços penitenciários, tais como educação, saúde, vestuário, alimentação, etc.: neste tipo de privatização, contrata-se uma empresa terceirizada para que ela preste tais serviços;

c) a administração do trabalho profissional (prisões industriais): aqui a empresa privada é contratada para que administre o trabalho dos presos, evitando a ociosidade destes. Esta forma de privatização não deixa também de se encaixar na forma anteriormente citada, uma vez que o trabalho deve ser oferecido ao preso pelo Poder Público, que terceirizando esta obrigação, a oferta de trabalho passa a ser responsabilidade da empresa contratada;

d) a administração total do estabelecimento penitenciário: neste tipo de privatização a empresa particular pode ser contratada somente para gestão de presídios já existentes ou, combinando as modalidades anteriores de privatização, para o financiamento, construção e operação de novos estabelecimentos.

Esta é a medida mais ousada e mais criticada, pois, a administração do presídio, a aplicação da pena e a supervisão da execução penal são responsabilidades do Estado, mas nesta hipótese de privatização, todas essas responsabilidades são transferidas para a iniciativa privada.

Hoje, o sistema de privatização das penitenciárias vem crescendo em todo o mundo, com diferentes graus de participação do particular.

Observe-se que, o sistema americano é o que possui uma maior participação do empresário na administração do presídio, enquanto que, no sistema francês há uma co-gestão entre o Estado e o empresário.

No Brasil, os defensores do sistema de privatização dos presídios defendem um misto do modelo americano e francês, onde haveria um ganho para o empresário, sem lucro excessivo, acabando com o temor da exploração pelo particular da mão de obra do preso.

De acordo com Minhoto (2000, p. 166), em janeiro de 1992, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), subordinado ao Ministério da Justiça, recomendou a adoção de prisões privadas no Brasil, tendo estas as seguintes finalidades:

a) atender aos preceitos constitucionais de individualização da pena e respeito à integridade física e moral do detento;

b) lançar uma política de reinserção social e moral do preso, visando a reabilitação do condenado e evitar sua reincidência;

c) introduzir no sistema penitenciário um conceito administrativo de gestão moderna;

d) reduzir encargos e gastos públicos;

e) tornar efetiva uma política de prevenção da criminalidade através da efetiva participação da comunidade nas tarefas de execução das penas privativas de liberdade;

f) aliviar o superpovoamento do parque penitenciário nacional.

Para Luiz Flávio Borges D'Urso (*apud* ALMEIDA, 2003, p. 157), a proposta de privatização deve ser aplicada como solução para parte dos problemas do sistema carcerário nacional, sendo uma opção constitucional.

[...] a proposta é constitucional, pois, se a Lei Maior não proibiu, permitiu e não estaria sendo retirada a função jurisdicional das mãos do Estado, a quem competirá, sempre, a execução penal, cabendo ao administrador particular outras funções como: comida, limpeza, roupas, programas de ressocialização e demais atividades assistenciais.

Assim, os principais argumentos dos defensores do sistema de privatização dos presídios é a possibilidade de se ofertar trabalho a todos os presos, e, conseqüentemente, o maior nível de ressocialização e menor índice de reincidência.

9.1.1 Críticas

Apesar das experiências atuais de privatização de algumas penitenciárias terem mostrado resultados extremamente positivos, como se verá mais adiante, não se pode deixar de registrar neste trabalho as diversas críticas existentes acerca desse método.

Contudo, não se pretende aqui, demonstrar que tais críticas tornem inviável esse sistema de privatização, mas pretende-se, tão somente, demonstrar os riscos inerentes a essa privatização, ressaltando-se que, nenhuma mudança é possível sem que sejam corridos alguns riscos.

A primeira crítica à privatização dos presídios é que esta seria inconstitucional.

Vale lembrar que a vingança privada teve seu fim quando o Estado transferiu para si o *jus puniendi*. Assim, passou a caber somente ao Estado, através de seus órgãos, aplicar e executar as penas impostas aos transgressores de suas leis, sendo inconstitucional qualquer ato ou disposição que transfira tal responsabilidade para particulares.

Outro ponto importante a se ressaltar, como muito bem o faz Tourinho (2004), é que existem cargos dentro da penitenciária que não podem ser terceirizados.

O art. 75 da LEP estabelece os requisitos para o “ocupante do cargo de diretor de presídio”; o art. 76 do mesmo diploma legal, refere-se à organização do Quadro do Pessoal Penitenciário; e o art. 77, por sua vez, trata da escolha do pessoal administrativo.

Ressalte-se que o art. 37, inciso II, da CF, exige concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Ainda, deve também ser considerado,

que pessoas não investidas legalmente em cargos, empregos ou funções públicas, não podem praticar qualquer ato que importe em decisão ou manifestação de vontade com produção de efeitos jurídicos, sendo-lhes permitido, tão somente, a prática de atividades estritamente materiais.

Assim, de acordo com Tourinho (2004), da leitura conjunta de tais artigos conclui-se que não podem ser terceirizadas as funções de diretor, chefia de serviços e de assessoramento técnico, da mesma forma, não há que se falar em terceirização do cargo de agente penitenciário.

Dessa forma, os serviços públicos, poderes e prerrogativas próprias da Administração Pública somente podem ser transferidos ao particular através de contratos de permissão e concessão, e não através de contratos de terceirização como vem sendo feito, de acordo com a Lei 8.666/93.

Outro ponto crítico da privatização dos presídios está ligado à exploração do trabalho do preso, que tornaria a atividade criminosa extremamente lucrativa para a iniciativa privada.

Primeiramente, cabe ressaltar que o art. 28, § 2º, da LEP, determina que “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Por sua vez, o art. 29 da LEP estabelece que a remuneração do trabalho do preso não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo.

Dessa forma, pode-se concluir o quanto lucrativo é para uma empresa ter como seu empregado um preso, ao invés do trabalhador livre. Além de não ser necessário pagar ao recluso todos os benefícios e direitos trabalhistas assegurados aos demais trabalhadores, também somente é obrigado a pagar 75% do salário mínimo de remuneração a esse preso trabalhador.

Diante de tais argumentos, somados ao argumento de que a empresa privada não tem a responsabilidade que o Estado tem com a sociedade e com a ressocialização do preso, é que se chega a conclusão de que essas empresas privadas tem um lucro muito maior com o trabalho do preso do que com um trabalhador livre.

Considerando os dados acima, conclui-se que o trabalho do preso faz uma concorrência desleal com o trabalho do indivíduo livre, que paga todos seus impostos, sempre observa as leis e tem uma casa e família para sustentar. Assim, tal concorrência e a possibilidade da empresa privada lucrar com a criminalidade são consideradas, no mínimo, atitudes anti-éticas e injustas.

Porém, as empresas que trabalham nessa terceirização dos presídios utilizam a seu favor o argumento de que o trabalho do preso é ressocializador, uma vez que confere ao condenado um ofício que poderá ser exercido por ele, quando alcançar sua liberdade, afastando-o da vida delitiva.

Contudo, tal argumento merece ser rebatido. É preciso ser analisado se a produção de sofás ou jóias em série equivale a uma profissionalização adequada, que poderá ser exercida com facilidade pelo detento quando em liberdade. Vale perguntar: será que esse preso conseguirá, quando livre, ser admitido nessa mesma empresa ou em qualquer outra que fabrique sofás ou jóias? Ou será que conseguirá fabricá-los por conta própria para prover seu sustento e de sua família, sem que seja tentado novamente a praticar delitos?

Ainda outro argumento favorável à terceirização é que nessas penitenciárias o índice de fugas e rebeliões é quase nulo. Há um grande controle sobre os presos.

Porém, os críticos do sistema de privatização das penitenciárias também rebatem esse argumento.

De acordo com matéria publicada no Correio Brasiliense, em 13/05/2001, a penitenciária de Guarapuava (PR), primeira a ser privatizada no Brasil, possuía, naquela época, 250 vagas que eram ocupadas por apenas 200 presos. Já a Penitenciária Industrial Regional do Cariri (CE), segunda a seguir o modelo no país, foi construída para comportar 550 internos, sendo que era ocupada por apenas 161 presos.

Observe-se, ainda, que para os presos serem admitidos nessas penitenciárias, eles passam por um rigoroso sistema de triagem, sendo ali admitidos somente os condenados de bom comportamento, sem vícios, e que se adaptem ao sistema do presídio, sendo que aquele detento que não se adequar às normas é prontamente devolvido às penitenciárias “comuns”.

O presidente do Sindicato dos Agentes Penitenciários do Ceará, Augusto César Coutinho, ao comentar o processo de triagem da Penitenciária do Cariri, afirma que “a empresa só quer presidiários comportados, sem vícios. Quer se livrar dos presos perigosos”. (FAHEINA, 2001).

Quando Coutinho menciona “empresa”, ele refere-se à empresa paulista Humanitas Administração Prisional Privada que, além de responsável pela penitenciária do Cariri, também administra a penitenciária de Guarapuava.

Assim, como reflete Tourinho (2004), é necessário discutir se essa eficiência das empresas terceirizadas está na qualidade de administração da empresa, ou na forma de operacionalização política do serviço terceirizado.

Será que caso o Estado também pudesse esquivar-se de lidar com os presos mais perigosos, e se tivesse condições de comandar penitenciárias com menos prisioneiros do que a sua capacidade, será que nessas condições, o Estado também não conseguiria esses mesmos resultados positivos? Parece evidente que tais resultados também ocorreriam.

Outro ponto negativo nesse sistema de privatização, pode ser constatado na Penitenciária do Cariri, onde o preço que o governo paga para a administração dessa Penitenciária é muito maior do que os recursos destinados para as penitenciárias que não são terceirizadas, sendo esta mais uma das denúncias feitas pelo presidente do Sindicato dos Agentes Penitenciários do Ceará, em reportagem ao Correio Brasiliense:

Coutinho ainda diz que são pagos pelo menos R\$ 420 mil mensais do governo do estado para administrar o Cariri durante um ano. “Para manter os mais de cinco mil internos do Ceará, o governo gasta o equivalente a R\$ 360 mil por mês. Com a terceirização, gastaria cerca de R\$ 4 milhões” avalia. (FAHEINA, 2001).

Por fim, cabe salientar que o sistema penitenciário terceirizado americano, criado no início dos anos 80, no qual espelhou-se o Brasil para implantação aqui desse sistema, já apresenta sinais de esgotamento.

De acordo com outra reportagem publicada no Correio Brasiliense, em 13/05/2001 (NUNES, 2001), a população carcerária dos EUA quadruplicou nos últimos vinte anos.

O professor Loic Wacquant, da Universidade de Berkeley, Califórnia, afirma que “criou-se, entre os americanos, a gestão penal da miséria, modelo que começa a ser copiado por países como o Brasil, onde os efeitos negativos podem ser ainda piores” (NUNES, 2001).

Na maior parte das penitenciárias privatizadas americanas os presos executam um trabalho de semi-escravidão, recebendo apenas US\$ 0,28 por hora, num país onde o salário-mínimo é superior a US\$ 5,00 por hora. Ainda, segundo Nunes, boa parte dessa diferença acaba indo para o caixa das empresas que administram essas penitenciárias.

Para aumentarem os lucros, objetivo claro dessas empresas, os presos americanos começaram a receber comida de baixa qualidade e foram reduzidos os sistemas de atendimento de saúde.

Mesmo sob o aspecto econômico, a privatização deixou de ser vantajosa nos EUA, uma vez que as penitenciárias privatizadas custam apenas 1% menos do que as administradas pelo governo.

Ainda, de acordo com o professor Loic Wacquant (*apud* NUNES, 2001), encarcerar um indivíduo é uma questão muito séria que não pode ser encarada como um negócio. Uma empresa privada somente precisa prestar contas a seus acionistas, e não à sociedade.

Segundo o sociólogo Benoni Belli (*apud* NUNES, 2001), o grande problema é a banalização da violência.

O problema é que, quando se banaliza a violência, fica fácil para os governantes venderem o sistema presidiário com solução para o crime e para angariar recursos. A sociedade não se dá conta de que a melhor forma de se gastar o dinheiro público é investindo em educação.

Alerta ainda Belli, que o Brasil precisa tomar cuidado, e os políticos que respeitam os direitos humanos devem ficar atentos com a onda de privatização, para que as pessoas, quando encarceradas, não se tornem instrumento de negócio e lucro fácil para empresários.

9.1.2 Penitenciária Industrial de Guarapuava – Penitenciária Modelo

Embora as diversas críticas existentes acerca da privatização dos presídios, conforme visto acima, a experiência prática com a Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG) tem se mostrado extremamente positiva.

A PIG funciona como um presídio-fábrica. Está localizada no centro de desenvolvimento industrial de Guarapuava (PR), a 250 quilômetros de Curitiba. Foi inaugurada em 1999 e foi a primeira penitenciária a ser terceirizada e industrial. Tem capacidade para 240 internos.

De acordo com Almeida (2003, p. 160), sua arquitetura em nada lembra uma prisão tradicional. É pintada em tons de vermelho e amarelo. Na fachada há quatro grades de tamanhos diferentes que separam o complexo da rua. Possui sete guaritas de segurança. No pátio interno, há quadras de futebol, basquete e salas religiosas, além das fábricas.

Na PIG, todos os funcionários são contratados pela Empresa Humanitas – Administração Prisional Privada S/C Limitada. Os agentes penitenciários e de disciplina não são policiais, apenas fazem um curso de formação profissional de segurança na PIRES, que é uma empresa de segurança privada associada a Humanitas.

Fica a cargo do governo do Estado do Paraná nomear o diretor, o vice-diretor e o chefe de segurança para fiscalizar o trabalho da Humanitas, dando legitimidade aos serviços prestados pela empresa contratada, uma vez que o preso fica sob responsabilidade do Estado.

De acordo com o relatório feito por Gomes (2003, p. 105), em sua visita à PIG, a industrialização é feita através de convênios firmados entre empresas locais e o Fundo Penitenciário (FUPEN).

Os internos recebem 75% do salário mínimo, sendo que o pagamento é feito escrituralmente, posto que não é permitido aos detentos possuir dinheiro dentro da Penitenciária.

Tais valores são repassados à família do interno, ou depositado numa poupança judicial, de onde somente poderá ser retirado pelo próprio preso, mediante apresentação de alvará de soltura.

Até 2002, havia um convênio com uma empresa de montagem de estofados. Atualmente há convênio com uma empresa de montagem de prendedores de roupas, espátulas ginecológicas e palitos de sorvete.

Os setores de trabalho são divididos em dois turnos, sendo um das 7:00 hs às 13:00 hs, e outro das 13:00 hs às 19:00 hs.

Todo atendimento pessoal ao interno, como estudo, atendimento médico, jurídico e banho de sol, é feito no contra turno, no horário em que o detento não está trabalhando.

Ainda de acordo com Gomes (2003, p. 107), a transferência de um recluso de uma das penitenciárias da região para PIG é feita através de uma solicitação de vaga oficiada pelo Juízo da execução penal local à direção da unidade prisional.

É realizada uma entrevista do diretor da PIG, juntamente com o chefe de segurança ou vice-diretor e uma psicóloga com o detento.

Nesta entrevista é exposto ao recluso as normas da PIG, e lhe é perguntado se está disposto a parar de fumar, trabalhar e estudar.

A proibição do tabagismo tem finalidade de inibir o uso de outras drogas e evitar que o cigarro se torne moeda corrente no interior do presídio, como ocorre na maioria das penitenciárias.

Quando o interno ingressa na PIG ele recebe um kit de higiene e todo o uniforme.

Nas penitenciárias terceirizadas fica a cargo do Estado cobrar a execução do tratamento penal de acordo com as normas do DEPEN e da LEP.

No caso de acidente de trabalho, o Estado tem o dever de reparar o dano, uma vez que é responsável pela guarda dos internos.

A Empresa Humanitas é responsável por toda segurança, e presta serviços de assistência jurídica, médica e psicológica aos internos.

De acordo com Almeida (2003, p. 161), o governo do Paraná paga a Humanitas cerca de R\$ 1,4 mil reais. A empresa tem isenção de impostos e verbas trabalhistas pois, como já visto, o trabalho do preso não é regido pela CLT e não é obrigatório o pagamento do FGTS.

Por fim, vale ressaltar o resultado mais positivo dessa experiência: o baixíssimo índice de reincidência.

Segundo dados constantes do site do DEPEN, o índice de reincidência da PIG é de 2%, enquanto a média nacional é de 82%. “Dos 161 detentos que já deixaram a prisão, apenas um voltou a cometer crimes”.

9.1.3 Penitenciária Industrial Regional do Cariri

A Penitenciária Industrial Regional do Cariri foi inaugurada em 17 de novembro de 2000, e foi a segunda penitenciária a ser terceirizada no país.

Está localizada no município de Juazeiro do Norte, no estado do Ceará, a 560 quilômetros de Fortaleza.

Possui 10.800 metros de área construída e é administrada pela Humanitas, mesma empresa que administra a PIG.

Segundo Almeida (2003, p. 161), a penitenciária compõe-se de 6 blocos, 17 guaritas, 850 metros de cercas eletrificadas, um circuito interno de televisão com 64 câmeras, sendo que os internos só não são filmados quando adentram em suas celas.

Possui, ainda, 12 quartos de “convivência familiar”, onde os internos podem receber visitas de suas mulheres e namoradas. Há uma cozinha industrial, padaria, fábrica de velas, campo de futebol, 5 quadras poli-esportivas, ambulatório e consultório médico. Existe também uma área de recreação para os filhos dos internos.

Segundo Faheina (2001), os internos do Cariri dispõem de um setor de saúde onde trabalham um médico, um dentista e três psicólogos. Tem também a sua disposição um professor de educação física e uma assistente social.

Assim como na PIG, para um detento adentrar na Penitenciária do Cariri é necessário que ele passe por um processo de triagem, demonstrando vontade de trabalhar e de adequar-se às regras da penitenciária, sendo que, em caso contrário, o recluso é devolvido à penitenciária “comum”.

Os internos trabalham na cozinha industrial, na padaria, na horta e na fábrica de jóias.

Segundo reportagem exibida no programa Fantástico, da Rede Globo, em 22/06/2003, o volume de produção da fábrica de jóias é de 250 mil peças por mês, o que corresponde a 25% da produção total da empresa.

Os internos recebem 75% do salário mínimo, assim como na PIG.

Quando o interno dá entrada na Penitenciária do Cariri, ele recebe também o kit higiene contendo 17 peças.

A alimentação ofertada aos internos é a mesma servida aos funcionários da penitenciária.

Por fim, ressalte-se que, apesar das denúncias existentes a respeito do valor excessivo do contrato que o governo firmou com a empresa Humanitas (cerca de 400 mil reais por mês), o balanço disciplinar da penitenciária é bastante positivo. “Em quase três anos, nenhuma fuga, nenhuma rebelião. E uma barreira contra a corrupção. Rodízio de funcionários por hora e setor e nada de intimidades com os presos” (FANTÁSTICO, 2003).

9.2 Exemplo de reeducação penal em Penitenciárias Públicas

Cabe aqui salientar, que a ressocialização do preso também é possível em penitenciárias públicas, bastando para isso um maior empenho dos governantes e um pouco mais de investimento na área prisional.

Um exemplo a ser seguido por todos os estados brasileiros é o do sistema carcerário do Paraná.

Segundo dados do governo federal (DEPEN), o estado do Paraná tem um dos menores índices de reincidência do país. Enquanto a média nacional de

reincidência é de 82%, no estado do Paraná apenas 30% dos detentos que alcançam a liberdade voltam a delinquir.

Outro dado positivo do sistema carcerário paranaense é o índice de presos que trabalham: 72% dos 5.319 internos do sistema penitenciário estadual tem algum tipo de trabalho ou ocupação.

Além do trabalho oferecido ao preso, também são ofertados cursos de capacitação profissional, sendo um total de 48 cursos nas áreas de construção, informática, panificação, artesanato e jardinagem.

“Hoje, eu sustento a minha família com o trabalho que aprendi enquanto estava preso”, conta o ex-detento Walter da Silva. Durante o ano e meio que ficou preso, ele teve a oportunidade de participar de curso de capacitação para azulejista e eletricista. (DEPEN).

Também são oferecidos aos detentos e ex-presos, aulas para que eles completem o ensino fundamental e médio, enquanto cumprem suas penas ou logo que deixam o sistema.

Um dos principais diferenciais do sistema penitenciário paranaense, que mais colabora para que existam tantos resultados satisfatórios nesse estado, é a existência de um patronato.

Apesar do patronato estar previsto na LEP, a maioria dos estados brasileiros não possui esse órgão.

De acordo com o art. 78 da LEP, o patronato “destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos”.

O Patronato Penitenciário do Paraná – PATR, foi criado pelo Decreto nº 609, de 23 de julho de 1991.

De acordo com Almeida (2003, p. 164), incumbe ao PATR:

Assistência aos albergados e aos egressos;

Fiscalizar o cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional;

Coordenar a execução dos Programas Pró-Egresso em seu desenvolvimento e fornecer supervisão e infra-estrutura para os programas visando o cumprimento da LEP;

Orientar os condenados às penas restritivas de direitos;

Fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana;

Firmar convênios com Secretarias, Instituições de Ensino, setores privados e comunidade em geral.

O patronato paranaense conduz, em média, 104 presos que saem das unidades prisionais ao mercado de trabalho.

Segundo dados do DEPEN, os investimentos em programas de reabilitação que incentivam os presos a estudar e trabalhar, chegam a quase R\$ 500 mil reais.

São feitas parcerias com empresas privadas, para que estas ofereçam empregos aos detentos, sendo que muitos desses reclusos quando alcançam a liberdade, são contratados pelas empresas onde prestavam serviços.

Ainda de acordo com informações do DEPEN, quase 92% dos ex-presidiários que foram conduzidos pelo patronato ao mercado de trabalho estão empregados. Já conseguiram trabalho 577 dos 630 ex-presidiários encaminhados profissionalmente.

O Patronato Penitenciário do Paraná é uma unidade do Departamento Penitenciário, que auxilia na reintegração do preso à sociedade. O Programa Pró-Egresso é responsável pelo encaminhamento dos ex-detentos para cursos profissionalizantes e para o mercado de trabalho. Também mantém um funcionário da entidade no Sistema Nacional de Empregos (Sine), exclusivamente para identificar e captar vagas para quem deixa o sistema penitenciário do Estado. (DEPEN).

Assim, diante de tantos resultados positivos, o Sistema Penitenciário Paranaense serve como referência nacional, e já está sendo analisado por países como Chile e Angola, segundo José Tavares, secretário de Segurança Pública do Estado (DEPEN).

9.3 Regime Disciplinar Diferenciado

O regime disciplinar diferenciado (RDD) foi incluído na LEP pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Contudo, tal regime já vinha sendo aplicado em algumas penitenciárias desde 2001.

Para se entender melhor esse regime tão rigoroso, é necessário uma breve análise histórica do sistema prisional no final do ano de 2000.

Conforme dados da Secretaria da Administração Penitenciária, em dezembro de 2000, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo abrigava uma população carcerária de 59.867 presos em 71 unidades, com capacidade total para apenas 49.058 reclusos.

Em 18 de dezembro de 2000, na Casa de Custódia de Taubaté, considerada de segurança máxima e que abrigava presos de altíssima periculosidade, ocorreu uma rebelião que resultou num saldo de nove mortos, sendo quatro deles decapitados, e a destruição total do espaço físico da unidade.

Para a reconstrução do prédio, a maior parte dos detentos foi transferida para o Centro de Detenção Provisória de Belém, na capital. Já os detentos que lideraram a rebelião, cerca de 30 presos, foram levados para a extinta Casa de Detenção e Penitenciária do Estado.

Durante este período, os detentos foram ficando mais violentos, fazendo “justiça com as próprias mãos”, matando seus desafetos, cujos corpos eram encontrados em latões de lixo.

Em fevereiro de 2001, a Casa de Custódia de Taubaté havia sido reformada e os presos para lá retornaram, sendo que dez líderes da rebelião foram mantidos isolados em outras unidades prisionais.

Contudo, em 18 de fevereiro de 2001, ocorreu a maior rebelião que se tem notícia no país, envolvendo 25 unidades prisionais e quatro cadeias públicas.

Em resposta a essa escalada da violência nos interiores dos presídios, várias medidas foram tomadas. Várias resoluções foram editadas para assegurar a disciplina e a ordem no sistema prisional, entre elas, a Resolução SAP 26, de 04/05/2001, que instituiu o RDD.

Atualmente, três unidades prisionais aplicam o RDD: o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, a Penitenciária I de Avaré e o Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté.

O RDD é destinado aos presos de mau comportamento e que precisam ser reeducados para voltarem a cumprir suas penas em penitenciárias “comuns”.

Para esse regime, de acordo com o art. 52 da LEP (alterado pela Lei 10.792/03), são encaminhados os presos, condenados ou provisórios, que praticarem fato previsto como crime doloso, constituindo falta grave, e quando ocasionarem subversão da ordem ou disciplina interna do presídio. Também podem ser incluídos no RDD os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como aqueles que estiverem envolvidos ou participem de organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Enfim, três são as hipóteses para a inclusão no RDD: a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontra; b) quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita. (NUCCI, [200-]).

De acordo com o art. 54 da LEP (alterado pela Lei 10.792/03), para a transferência de um preso para o RDD, é necessário o requerimento do diretor do estabelecimento penal onde o preso cumpre pena ou outra autoridade administrativa. Devem ser ouvidos o membro do Ministério Público e a defesa a respeito do requerimento de transferência do preso para o RDD. Após, o juiz tem o prazo de 15 dias para decidir.

Contudo, em casos de urgência, a autoridade administrativa pode isolar preventivamente o preso por dez dias antes da decisão do juiz (art. 60 da LEP, alterado pela Lei 10.792/03).

O art. 52 da LEP estabelece as características do RDD:

- a permanência do preso no RDD será de, no máximo, 360 dias por falta grave, podendo a sanção ser repetida a cada nova falta grave praticada, até o limite de 1/6 da pena;

- os presos devem ser recolhidos a celas individuais, somente podendo delas sair para o banho de sol e para receber visitas;

- somente poderá receber visitas uma vez por semana, de duas pessoas, com duração de duas horas;

- o preso poderá sair de sua cela para o banho de sol que terá a duração de duas horas diárias.

9.3.1 Críticas

Como visto, o RDD é um regime muito rígido. Por essa razão, surgem a cada dia novas críticas a esse regime.

Os críticos do RDD argumentam que, influenciado pela pressão popular, o legislador, em busca de uma solução rápida e eficaz para o problema do sistema prisional nacional, editou a Lei 10.792/03, na qual são suprimidas e mitigadas muitas garantias constitucionais do preso.

Ao se referir ao art. 52 LEP, alterado pela referida Lei, Isa (2004) elenca quais direitos e garantias fundamentais constitucionais são suprimidas:

A referida norma solapa, de uma só vez, importantes postulados do Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana (fundamento da República), o princípio da legalidade penal, a vedação às penas cruéis e degradantes e a presunção de inocência, entre tantos outros.

Prendendo-se a questão da afronta ao princípio da legalidade, continua Isa (2004) afirmando que o legislador, submetendo a referida Lei ao regular processo constitucional legislativo, dá uma roupagem de legalidade, uma vez que houve a positivação de condutas. Contudo, acrescenta que o art. 52 do referido diploma legal traz várias expressões indefinidas, e muitas lacunas, sendo um tipo muito aberto.

Ora, o que traduziria a subversão à ordem? Quem pode apresentar alto risco à ordem e à segurança e o que significa tais expressões? O que fazer ou não fazer para que contra si não recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas? Conceito último, aliás, até hoje não explicitado pela lei nem tampouco pela jurisprudência. (ISA, 2004).

Assim, a imensa liberdade de interpretação, segundo os críticos, autorizaria a eliminação do que resta do direito de liberdade do indivíduo que encontra-se preso.

Tendo em mira a consecução dos objetivos traçados, qual seja, “ordem e segurança nos presídios”, o legislador não se viu limitado pelos direitos que são resguardados constitucionalmente. A criação de tipos infracionais excessivamente abertos, com expressões equívocas que não podem ser empiricamente determinadas, já foi observada no período pré-moderno e moderno, em épocas nada afeiçoadas à supremacia do Direito. Por tais razões é possível concluir que o preço a ser pago pela democracia brasileira não vale o “benefício” oferecido pelo RDD que, para nós, representa a institucionalização do ódio e da vingança. (ISA, 2004).

Ademais, as críticas ao RDD não restringem-se a doutrinadores e defensores dos direitos humanos. Até mesmo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vinculado ao Ministério da Justiça, está recomendando que os Estados não adotem o RDD.

De acordo com Maurício Kuehne, vice-presidente do Conselho, o Conselho concluiu que o RDD impõe um “tratamento desumano” aos presos submetidos a esse regime, contrariando princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a não imposição de penas degradantes. Afirma, ainda, Kuehne, que “o RDD foi feito para deixar o condenado louco”. (*apud* MARQUES, 2004).

Em entrevista concedida ao programa Fantástico da Rede Globo, em 09 de novembro de 2003, Fernandinho Beira Mar, um dos presos recolhidos ao Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, declarou que aquele presídio é uma “fábrica de fazer malucos”, queixando-se da rigidez do regime disciplinar a que é submetido (REDAÇÃO TERRA, 2003).

9.3.2 Solução para criminosos de altíssima periculosidade e de difícil reeducação

Apesar das inúmeras críticas voltadas ao RDD, todas com seus respectivos fundamentos legais, é necessário indagar-se: se não submetidos ao RDD, qual outro tratamento deve ser dado aos criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização?

De acordo com Nucci (2004), o RDD foi criado como uma forma de combate ao crime organizado, mantendo isolados os líderes de facções criminosas que, mesmo de dentro dos presídios “comuns”, continuavam

comandando os seus negócios criminosos fora do cárcere, incitando seus comparsas à prática dos mais diversos crimes, inclusive execuções de inimigos.

É necessário primeiramente, ressaltar que tais criminosos são de difícil, ou quase impossível, ressocialização, como vem demonstrando a realidade policial. Conforme pode-se verificar dos antecedentes criminais destes indivíduos, a maioria deles, quando colocados em liberdade por cumprimento da pena, ou por qualquer outro benefício, voltam a cometer os mesmos delitos que antes. De uma forma geral, tais criminosos têm um triste destino: são mortos, ainda quando jovens, por outros criminosos que disputam seu posto de comando. Contudo, enquanto isto não ocorre, estes delinqüentes continuam a praticar crimes de extrema gravidade, como por exemplo, seqüestros, tráfico de drogas e homicídios.

É necessário ponderar-se também que, há muito, o Estado procura formas de combater o crime organizado. É fato que, mesmo quando presos, os grandes criminosos não param suas atividades ilícitas. Continuam dando ordens de dentro dos presídios através de celulares, que ninguém sabe explicar como lá chegaram, e através de recados enviados por meio de seus advogados, amigos e familiares.

Até o momento, somente o RDD mostrou-se eficaz para neutralizar a ação desses criminosos quando presos.

É óbvio que o RDD deve ser aplicado com muito critério e cautela, sendo indicado somente àqueles criminosos de difícil ressocialização. Àqueles que já passaram pelos presídios “comuns” e, com suas condutas, demonstraram-se incompatíveis com o tratamento ali aplicado.

Além de o RDD ser uma forma de proteção da sociedade contra tais criminosos extremamente perigosos, evitando fugas, resgates e que eles continuem, de dentro dos presídios, comandando ações criminosas, o RDD também, e principalmente, é uma forma de proteção dos demais presos do sistema carcerário, uma vez que o Estado é responsável e deve zelar pela vida e segurança de tais indivíduos que encontram-se sob sua tutela.

Em geral, esses criminosos de altíssima periculosidade incitam e comandam rebeliões violentas, com reféns e massacres de outros presos que são desafetos seus.

Ainda, deve-se observar que, no caso de criminosos de altíssima periculosidade, estão em conflito os direitos constitucionais desses criminosos e o direito a segurança e proteção à vida dos demais presos do sistema carcerário e dos membros da sociedade de uma forma geral. Nesse caso, deve prevalecer o direito à segurança e à vida destes últimos sobre o direito de uma liberdade maior daqueles criminosos.

No tocante a dignidade humana, ressalte-se que também têm direito a dignidade todos os demais presos que são torturados e mortos no sistema carcerário e todas aquelas pessoas “de bem” que vivem na sociedade e que são constantemente ameaçadas pela brutalidade dos delitos praticados por esses criminosos ou a seu mando.

E quanto a questão de o que fazer com tais presos perigosos, Amaral (2003) responde:

Mas respondendo o que fazer com os presos perigosos? Para os já perigosos, só mesmo trancafiá-los em celas individuais em estabelecimentos prisionais pequenos (logo de fácil controle mas pela segurança pública) e sob regime disciplinar rígido para que o caráter aflitivo da pena seja mantido em prol da prevenção (específica e genérica) e da recuperação criminal. A pena precisa ser o remédio amargo mas certo porque isso interessa a sociedade. E não se diga que esse rigor ofende os direitos humanos dos presos (todos os presos têm no mínimo esses direitos básicos). E rigor punitivo e profissionalismo policial e penitenciário é o ponto de honra e de equilíbrio para essa aparente tensão.

Por fim, ressalte-se que, passado o período previsto na Lei 10.7923/03, que visa a readaptação do condenado para voltar a cumprir pena em presídio “comum”, o preso não pode ser mantido no RDD, devendo retornar ao presídio de onde veio para o término do cumprimento de sua pena. Contudo, saliente-se a possibilidade de retorno do preso ao RDD se, através de sua conduta, demonstrar que não encontra-se apto, ainda, para cumprir pena no regime convencional.

9.3.3 Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes

O Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes (CRP) está localizado a 600 quilômetros de São Paulo e é considerado hoje o presídio mais seguro do país.

Foi construído especialmente para aplicação do RDD.

De acordo com reportagem do site terra (LOPES, 2002), o presídio conta com 160 celas individuais, distribuídas em quatro alas, com 40 celas cada.

Cada cela possui seis metros quadrados, sendo equipadas apenas com uma cama, um mictório cavado no chão, uma pia e uma saída de água para banho.

Dentro das celas são feitas as três refeições diárias, que são entregues ao preso através de uma porta de aço temperado que encerra a cela.

Há ainda o setor de observação, no qual os presos passam os trinta primeiros dias quando dão entrada no CRP. Neste setor há 18 celas.

Os presos devem manter os cabelos raspados, sem bigodes ou barbas.

Durante as visitas semanais, são proibidos contatos físicos. Tais visitas, inclusive dos advogados, ocorrem no parlatório, onde o preso e o visitante ficam separados por grades, vidros e telas, sendo a comunicação feita através de interfones.

Para impedir a escavação de túneis, o terreno sobre o qual o presídio foi construído é coberto por uma camada de um metro de concreto puro, com chapas de aço em seu interior.

O presídio é cercado por muralhas que adentram pelo solo até atingir a superfície rochosa.

Para evitar a comunicação por celulares que eventualmente adentrem o presídio, foram instalados bloqueadores de celulares que descarregam as baterias desses aparelhos.

Há também cabos de aço que cruzam o terreno para evitar o pouso de helicópteros que visem resgatar algum preso.

De quinze em quinze dias todos os detentos trocam de celas e, diariamente, durante o horário do banho de sol, as celas são revistadas.

Durante o banho de sol, os presos saem em grupos de cinco detentos, sendo sempre os mesmos para evitar contato entre as quadrilhas.

A movimentação dos presos no interior do presídio é sempre acompanhada por três agentes penitenciários e um cão adestrado.

Para evitar a corrupção de funcionários, nenhum agente penitenciário pode circular sozinho pelo interior do presídio. Sempre devem andar no mínimo em duplas.

Por fim, há que se registrar a existência de monitoração de todo movimento humano dentro do presídio, havendo para tal finalidade um total de 27 câmeras espalhadas por todo estabelecimento penal.

10. CONCLUSÃO

Conforme se observou, a pena primeiramente esteve ligada a um caráter sacral, onde os seres sobrenaturais premiavam ou castigavam os homens de acordo com a conduta destes.

Já na idade média, vigorava a vingança de sangue até o surgimento da Lei de Talião que veio trazer a idéia de proporcionalidade da pena.

Contudo, a prisão como pena, somente passou a ser utilizada com o fortalecimento do direito canônico. Tal punição era aplicada aos clérigos faltosos, visando a meditação, o arrependimento e a conseqüente correção do indivíduo. Com o passar do tempo e o crescimento da criminalidade, a prisão passou a ser o principal tipo de pena aplicada aos infratores.

No Brasil, é adotada a teoria mista da finalidade da pena, segundo a qual a pena não deve apenas retribuir o mal causado (essência da pena), mas deve também reeducar o criminoso, uma vez que a ressocialização do delinqüente é interessante tanto para ele próprio quanto para a sociedade.

A pena privativa de liberdade pode ser cumprida no regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto, sendo que este trabalho buscou focar apenas a pena de reclusão cumprida em regime fechado.

A execução penal, ou seja, a execução da pena imposta ao delinqüente, é regulada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei de Execuções Penais (LEP) – Lei nº 7.210/84. Contudo, também devem ser observados os princípios constitucionais informadores da execução penal, que visam proporcionar ao condenado uma melhor condição para o cumprimento de sua pena e para sua ressocialização.

Contudo, apesar das disposições da LEP e de todas as garantias constitucionais conferidas aos presos para que estes cumpram sua pena da forma menos traumatizante e mais reeducadora, é importante ressaltar que a pena de prisão não vem alcançando, na maioria dos casos, a finalidade a que se propõe, qual seja, a de ressocialização do indivíduo.

É triste a realidade que se verifica nos estabelecimentos penais nacionais. Os problemas são inúmeros: superlotação nos presídios, ociosidade dos presos, falta de vontade política dos governantes para se resolver a questão penitenciária, entre tantos outros.

Infelizmente, é comum que, os detentos manifestem sua insatisfação com o sistema penitenciário através de rebeliões, onde os presos amotinados fazem outros presos e até mesmo familiares de reféns, sendo que a consequência é o que se vê quase que diariamente nos noticiários: mortes, destruição das penitenciárias e confronto com policiais.

Como visto, os problemas do sistema carcerário são de conhecimento público. Porém, o que buscou-se ressaltar nesse trabalho é que algo de bom já começa a ser feito para mudar essa realidade.

A privatização e industrialização de penitenciárias, apesar das diversas críticas contra esse sistema, tem mostrado resultados extremamente positivos.

Tais penitenciárias são administradas por empresas privadas que devem oferecer aos detentos trabalho, boa alimentação, atendimento básico de saúde e estudo. Nessas penitenciárias não há superlotação, há um tratamento mais humano do interno, e como consequência, apresentam um baixíssimo índice de reincidência.

Ao Estado fica o dever de fiscalizar o trabalho da empresa privada, sendo que o preso continua sob a responsabilidade do governo.

Contudo, é necessário ressaltar a importância de um atencioso acompanhamento por parte do Estado dessa privatização das prisões, uma vez que tal sistema é bastante propício a exploração do trabalho do preso como mão de obra escrava, como vem acontecendo nos EUA.

Cabe, ainda, ressaltar que também é possível que as penitenciárias públicas apresentem resultados tão positivos quanto os das privatizadas, bastando para isso boa vontade e investimento no setor por parte do governo.

Exemplo a ser seguido é o do governo do Paraná que, através de sua política penitenciária de apoio ao preso e ao egresso, tem conseguido uma das menores médias de reincidência no país.

As penitenciárias paranaenses apresentam como principal diferencial das penitenciárias dos demais estados a existência de um patronato bastante atuante.

O patronato paranaense é responsável pelo encaminhamento profissional dos presos e dos egressos, sendo que tem conseguido um ótimo índice de presos e egressos empregados, o que concorre de forma definitiva para o baixo índice de reincidência no Estado. O patronato também é responsável pelo oferecimento de capacitação profissional e estudo supletivo a esses indivíduos.

É preciso salientar que, como já visto, a pena tem caráter retributivo e, principalmente, caráter ressocializador. Assim, essas experiências de privatização de presídios, e do governo do Paraná, com as penitenciárias públicas, tem sempre em vista a ressocialização e reeducação do indivíduo para que, quando em liberdade, não retorne a atividade delitiva.

Porém, é evidente que existem criminosos que não são suscetíveis a ressocialização e reeducação, sendo que tantas vezes quantas forem presos e postos em liberdade, voltarão a delinquir, ou, pior, até mesmo quando presos não deixam a atividade criminosa, continuam agindo de dentro dos presídios.

Assim, tentando resolver essa questão dos criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização, e da atuação cada vez maior do crime organizado, é que o governo federal criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O RDD tem como principal característica a rigidez do tratamento penitenciário, e é voltado àqueles presos que não se adaptam ao regime de cumprimento de pena nas penitenciárias “comuns”.

Apesar do RDD ter apresentado resultados positivos para os fins a que se propõe, qual seja, neutralizar a ação dos chefes do crime organizado, a maioria da doutrina insurge-se contra esse regime, alegando ser ele inconstitucional por ferir direitos e garantias fundamentais dos presos.

Contudo, apesar dessas críticas, fica demonstrado que se existem os delinquentes que não se adaptam ao regime das penitenciárias comuns, sempre conseguindo burlar os esquemas de segurança, comandando rebeliões e massacres de presos no interior dos presídios, e ordenando ações criminosas na sociedade, cabe ao Estado neutralizar a ação desses criminosos visando proteger

a vida e segurança não só da sociedade livre, mas também dos demais presos que estão sob sua custódia nos estabelecimentos penais.

Evidente que o RDD deve ser aplicado com muito critério, sendo submetido a esse regime somente aqueles presos comprovadamente de alta periculosidade e de difícil ressocialização.

Por fim, conclui-se que: apesar da crise do sistema penitenciário brasileiro, fica demonstrado que há solução para a questão penitenciária, bastando para tanto, boa vontade e investimento no setor. Dessa forma, é possível a ressocialização dos presos e conseqüentemente diminuir o índice de criminalidade. Já para os criminosos de altíssima periculosidade e de difícil ressocialização, é necessário que a ação destes seja neutralizada, diminuindo, assim, os riscos que tais indivíduos apresentam para a sociedade; mostrando-se o RDD, a ação mais eficaz do Estado nesse sentido até o momento.

BIBLIOGRAFIA

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

_____. **Das penas e da execução penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALMEIDA, Andréia Alves de. Reflexões sobre a privatização dos presídios. **Intertemas**, Presidente Prudente, SP, ano 6, v.8, p. 155-169, nov. 2003.

AMARAL, Luiz Otávio O.. O que fazer com presos perigosos? O que seriam as penitenciárias federais? **Jus Navigandi**, Teresina, a.8, n.142, 25 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4544>>. Acesso em: 27 set. 2004.

ARÚS, Francisco Bueno. Panorama Comparativo dos Modernos Sistemas Penitenciários. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.61, n.441, p. 297-313, jul. 1972.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código Penal**: mini. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. **Senado Federal**, Brasília, DF, 1 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&numLei=010792&data=20031201&pathServer=www1/netacgi/nph-brs.exe&seq=000>>. Acesso em: 03 out. 2004.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Daniel Vasconcelos. A crise no sistema penitenciário brasileiro. **O Neófito**, [S.l.], nov. 1999. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal134.htm>>. Acesso em: 27 set. 2004.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Paraná tem um dos menores índices de reincidência ao crime do Brasil. **Ministério da Justiça**, [S.l.], [200-]. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/inst_estados_pr3.htm>. Acesso em: 30 set. 2004.

_____. Regime Disciplinar Diferenciado altera sanções para presos de alto risco. **Ministério da Justiça**, [S.l.], [200-]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/execucao/rdd.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2004.

_____. Censo penitenciário nacional: quadro XVII: número de vagas disponível e déficit de vagas. **Ministério da Justiça**, [S.l.], [1995]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo95u.htm>>. Acesso em 29 set. 2004.

_____. Censo penitenciário nacional: quadro XVIII: custo mensal do preso por estado. **Ministério da Justiça**, [S.l.], [1995]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo95p.htm>>. Acesso em 29 set. 2004.

DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a.1, n.1, nov. 1996. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>>. Acesso em: 27 set. 2004.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. **Ministério da Justiça**, [S.l.], ago. 2003. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/PDF/rene_dotti.pdf>. Acesso em: 27 set. 2004.

FAHEINA, Rita Célia. Presídio só para comportados: modelo da cadeia do Cariri, onde os serviços internos são feitos pela iniciativa privada e apenas a administração fica nas mãos do governo, é considerado inconstitucional pelo Sindicato dos Agentes Penitenciários do Ceará. **Correio Braziliense**. Brasília, 13 maio 2001. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-05-13/mat_38056.htm>. Acesso em: 30 set. 2004.

FANTÁSTICO. Cariri, um exemplo para o Brasil. **Rede Globo**, 22 jun. 2003. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Fantastico/0,19125,TFA0-2142-5514-60647,00.html>>. Acesso em: 30 set. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, João Paulo Nicodemo. **O trabalho como medida ressocializadora do detento face ao sistema carcerário brasileiro**. 2003. 111f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ISA, Carlos Roberto. Regime disciplinar diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. **BOLETIM IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, n.141, ago. 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed., v.1 São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Artur. Violência no Rio de Janeiro: saiba como é o presídio onde está Beira-Mar. **Terra**, maio 2002. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,O1105421_EI316,00.html>. Acesso em: 03 out. 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal: o delinqüente: a sanção penal: a pretensão punitiva**. v. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARQUES, Hugo. Regime de prisão sancionado por Lula é contra-indicado. **Jornal do Brasil**. [S.l.], ago. 2004. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/noticias.asp?NOTCod=144717>>. Acesso em: 30 set. 2004.

MENESES FILHO, Francisco Fernando de Marais. Crepúsculo do sistema penitenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a.1,n.1, nov. 1996. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1009>>. Acesso em: 27 set. 2004.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 1999.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Lemonad, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral.** 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Execução penal.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** 36.ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Primeiras Considerações sobre a lei nº 10.792/03. **CPC – Curso Preparatório para Concurso.** [S.l.], [200-]. Disponível em: <http://www.cpc.adv.br/Doutrina/Processual_Penal/Primeiras%20consideracoes-Lei%2010792.htm>. Acesso em: 03 out. 2004.

NUNES, Vicente. Indústria de corrupção e mão-de-obra barata: as penitenciárias privadas norte-americanas são acusadas por sindicalistas de usar os seus internos em trabalho escravo. **Correio Braziliense.** Brasília, 13 maio 2001. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-05-13/mat_38088.htm>. Acesso em: 30 set. 2004.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Série Direito: perguntas e respostas: direito penal (lei de execução penal).** v. X. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 3.ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REDAÇÃO TERRA. Beira-Mar reclama de tratamento em prisão. **Terra,** nov. 2003. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI207527-EI316,00.html>>. Acesso em: 03 nov. 2004.

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, Acessória de Imprensa. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). **Ministério da Justiça.** [S.l.], [200-]. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/PDF/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 30 set. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Teoria da pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da execução penal.** Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. O mito da punição. **Acervo da página pessoal de Serrano Neves.** [Goiás], [199-?]. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011901/1a012.htm>>. Acesso em: 27 set. 2004.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária:** de acordo com a constituição de 1988. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TOURINHO, Rita Andréa Rehen Almeida. A terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Jus Navigandi,** Teresina, a.8, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5055>>. Acesso em: 27 set. 2004.