



Tayana de Souza Bordalo

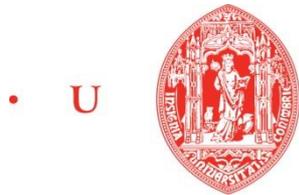
A EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL (Análise do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil)

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Doutora Cláudia Cruz Santos, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na Menção Criminal.

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TAYANA DE SOUZA BORDALO

**A EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL (Análise do
Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil)**

***THE ENFORCEMENT OF THE PRISON PENALTY IN BRAZIL AND PORTUGAL
(Analysis of the Differentiated Disciplinary Regime in Brazil)***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre,
Menção em Ciências Jurídico-Criminais.
Orientadora: Doutora Cláudia Cruz Santos.

**Coimbra
2017**

À Deus, a Jesus, a Nossa Senhora de Nazaré e aos espíritos de luz que iluminaram minha caminhada com muita força e perseverança.

Aos meus familiares e amigos por toda paciência, garra e incentivos a mim dedicados.

AGRADECIMENTOS

Com o passar dos anos adquiri um ensinamento pela vida: permanecer confiante de que nem uma folha cai da árvore se não for da vontade de Deus e que devo, sempre, estar de coração grato. A gratidão mudou a minha vida e, por isso, assim o faço para expressar minimamente em palavras aquilo que o sentimento do amor transborda.

Agradeço imensamente a Deus, a Jesus Cristo, à Mãe Eterna na aparição de Nossa Senhora de Nazaré e a Nossa Senhora de Fátima e aos Espíritos de Luz que sempre me guiaram durante toda a vida, mas, sobretudo, pelos ensinamentos dos dois últimos anos longe de casa e pelas imensas bênçãos e oportunidades concedidas através de luz forte e segura para realizar todas as fases do mestrado.

Agradeço aos meus amados pais, Alberto Henrique Leão Bordalo e Maria Francisca de Souza Bordalo, por toda uma vida de dedicação afetiva e financeira, pelos sonhos individuais e particulares que deixaram para trás somente para proporcionarem e incentivarem os meus próprios sonhos. Obrigada pai, pelo apoio, amor e por toda dedicação que foram imprescritíveis para a concretização deste passo de vida. Obrigada, mãe, por ser meu espelho de vida, por me ensinar sobre o amor incondicional, por me impedir de desistir, por todas as felicidades e mágoas compartilhadas, por todas as ligações diárias, pelas visitas nas férias, pela palavra de carinho e apoio que me iluminaram na escuridão. Obrigada mãe, por nunca ter desistido de mim e por ser o grande e eterno amor da minha vida, minha alma gêmea, obrigada.

Aos meus irmãos, Alberto Henrique de Souza Bordalo e Rodrigo de Souza Albuquerque, pelas noites de conversa, pela amizade, ajuda e companheirismo que foram essenciais ao longo deste percurso. Obrigada por estarem presentes como incentivadores neste caminho.

Aos meus amados e queridos avós, Alípio Augusto Barbosa Bordalo, Maria Ignez Leão Bordalo, Lauro Almeida de Souza e Rosalina Almeida de Souza, pelas orações incessantes, pela ternura, amor e auxílio que me incentivaram a concluir esta longa caminhada.

Agradeço de todo o coração, à mãe Selma Furtado, por todo apoio, pelas mensagens de incentivo, companheirismo, carinho e dedicação e por ter me tratado sempre, como uma filha, sendo fonte inspiradora extremamente importante para o alcance deste objetivo.

À minha madrinha, Mara Rosy de Souza Reis, pelo amor dedicado, pelo constante apoio, carinho e incentivo para seguir em frente nesta longa jornada longe do meu país de origem e das pessoas amadas. À minha afilhada, Ananda Larissa Albuquerque, pelos momentos de alegria e amor que me tornaram mais fortes todos os dias. Aos meus tios e primos, em especial, a Mauria de Nazaré, Ramêla Souza, Barbára Reis, Laura Reis, Luanda Bordalo, Giovanna Colares e Yasmim Prestes pelas ligações, mensagens incessantes de amor e apoio a mim dedicados pelas madrugadas adentro durante os últimos anos.

Ao Danilo Borges e a Eduarda Salimos, por terem me ensinado uma nova forma de amor consubstanciado na certeza que existem, sim, outras vidas e laços que ultrapassam tempos, montanhas, dificuldades, oceanos e entendimentos de ser somente pela força do amor. Obrigada por mudarem a minha vida nos mínimos detalhes e me fazerem entender sobre a bondade, humildade, gratidão e perseverança no amor. Obrigada por mudarem o sentido da minha vida através do Projeto Amor que Traz Vida e de todos os seus integrantes que hoje, mesmo distante, são uma grande família dentro do meu grato coração.

À Tábata Xavit por não ter desistido de mim, por todas as ligações que me impulsionaram a ver que o sol iria nascer de novo no dia seguinte e por ter permanecido ao meu lado nos momentos difíceis me incentivando a seguir e me inspirando a ser melhor e mais dedicada. Obrigada por todas as conversas, pelo amor, por todos os conselhos, pela força, coragem e abraços enviados sempre que ultrapassaram o oceano que nos separa e chegaram até mim todos os dias, ao longo da vida e, principalmente por toda essa jornada.

Aos meus amigos de longas datas, com muito amor, Ferdinand Rafael Souza, Joseline Aboim, Victória Corrêia, Maiana Bastos, Lucas Coelho, Sek Kim, Clara Morbach, Samara França, Bárbara Baia, AdréDeh, Gio, Lais e Bárbara, por cada palavra de incentivo, pelos momentos de felicidade e horas de descuido para lembrar que o amor está presente, pela amizade forte e duradoura baseada no companheirismo que foi fonte de incentivo e coragem nos momentos trilhados por toda essa vida e ao longo desta trajetória.

Aos meus novos amigos que se tornaram família em Portugal, que sempre me estenderam a mão com muito amor ao longo deste percurso. Obrigada, Larisse, Renata, Trace,

Vinícios, Guilherme, Nátalia, Caio Cesar, Caio do Vale, Lia, Renata R., Ivanir, Mayagara, Hugo, Renato... pela amizade fiel baseada nos momentos lado ao lado que foram fonte de incentivo e coragem nos momentos trilhados durante os dois últimos anos.

Ao meu amigo, Rodrigo, pelos momentos de felicidades e angústias compartilhados nessa trajetória. Obrigada pela parceria e por me ouvir, sendo ombro amigo em todos os instantes.

À Mona, por todas as vezes que precisei de colo, alento e, sobretudo, obrigada por estar do meu lado mesmo longe e me dizendo sempre a verdade que precisei ouvir. Obrigada pelas noites de parcerias, por ter acreditado em mim, pelos segredos compartilhados, pelas longas ligações intermináveis e pelos conselhos certos pelo caminho. Obrigada Monalizi Prata, tu és amor que chega sem pressa e traz a certeza que novas amizades podem ser para sempre.

Não há palavras que possam expressar o tamanho da gratidão que tenho no coração pela Thamirys Costa Quemel, minha irmã, companheira e parceira desta e de outras vidas. Ao longo dos últimos anos é a pessoa ao lado, a amiga fiel e companheira que enxugou as minhas lágrimas, me carregou pra cima e nunca desistiu de mim. Obrigada por ser a pessoa que me entende com apenas um olhar e por ter compartilhado todos os dias e noites de angústia em frente ao desafio desconhecido desta e doutras eminentes trajetórias no caminho desta vida. Obrigada, Thamirys, por ter me ensinado a ser melhor, por me inspirar a ser quem eu sempre te falei que gostaria ser, pelo amor incomensurável, pelas madrugadas de café e energético, pelos momentos de sofá e colo. Obrigada pelos dias e noites de risos e choros compartilhados por todas as horas e pelas essenciais conversas sem fim. Obrigada por ser a minha pessoa, you are my person pra sempre.

Agradeço ao Professor Mestre Homero Lamarão, pela ajuda constante e pela dedicação de transmitir seus conhecimentos durante toda a minha trajetória acadêmica, sendo amigo pronto para ajudar e ouvir durante todo o caminho percorrido e em cada passo no mundo jurídico penal. Aos demais professores que cruzaram minha vida pelo caminho do ensino, muito obrigada. Não há profissional mais importante na sociedade, obrigada.

Agradeço imensamente à minha orientadora Senhora Professora Doutora Cláudia Cruz Santos, por ser minha grande inspiração acadêmica e o meu maior motivo de buscar a dedicação pelas ciências criminológicas e por ter encaminhado da melhor forma os meus

estudos penitenciários. A Excelentíssima Senhora Dr.^a Cláudia Cruz Santos, muito obrigada pela dedicação, paciência, pela ternura, por ter acreditado na minha capacidade e por transmitir e compartilhar com dedicação os seus conhecimentos durante toda a trajetória para a realização e conclusão da presente dissertação de mestrado.

A todos, muito obrigada.

“A pena não é mais um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal.”

Eugênio Raúl Zaffaroni

“Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.”

Francisco de Paula Cândido Xavier

“Em qualquer aventura. O que importa é partir, não é chegar.”

Miguel Torga

RESUMO

O presente escrito esforça-se para trazer à nova comunidade leitora uma amostra da necessidade de se voltar a olhar para a execução da pena e suas finalidades com a devida importância no meio penal e criminológico, recobrando a especial atenção para o mundo carcerário e seus efeitos diretos na vida do ser humano preso. Pretende-se, então, ressaltar a relevância de se analisar a prisão como pena, a crise do sistema carcerário, a relação do cumprimento da pena com as suas essenciais finalidades (retributiva, preventiva e ressocializadora), devendo estas estar voltadas à observância do *status* de sujeito de direitos e de garantias fundamentais da pessoa humana do apenado. Na primeira parte, aborda-se a considerável história das prisões como pena e a evolução do sistema carcerário desde os tempos antigos até aos tempos hodiernos. Na segunda parte, visualizou-se a importância de abordar, mesmo que brevemente, a execução da pena no Brasil e em Portugal. Assim, no segundo quesito, aborda-se brevemente o conceito, a natureza jurídica e a forma da legislação executória nos dois países. Na terceira parte, tenciona-se atentar para o não-exemplo da medida de disciplina carcerária brasileira denominada de Regime Disciplinar Diferenciado. Na quarta parte da dissertação de mestrado, objetiva-se propor um olhar sobre a (in)constitucionalidade das regras do instituto jurídico RDD que fora inserido no ordenamento legal brasileiro. Diante da investigação feita, se procura verificar a interferência da situação carcerária atual em relação ao cumprimento das finalidades da execução da pena e, ainda, objetiva-se entender o papel que as medidas de disciplina carcerária assumem como consequências na vida do preso, sobretudo, evidenciado o exemplo do RDD.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Execução da Pena; Pena Privativa de Liberdade; Finalidades da Execução da Pena; Ressocialização; Medida de Disciplina Carcerária; Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

This dissertation aims at showing the new reader community the need to look, once again, at the execution of sentence and its purposes, in the criminal and criminological environment, highlighting the importance of focusing on the reality faced in prisons and its direct impact on the life of the human prisoner. This dissertation strives, thus, to emphasize the importance of analyzing prison itself, the crisis of the prison system and the relation between the process of serving the sentence and the sentence's purposes (retribution, prevention and resocialization), which should focus on the convict's status as a subject of rights and of the fundamental guarantees of the individual. In the first part, we discuss the important history of prison as a sentence and the historical development of the prison system, from ancient to modern times. In the second part, it was considered to be important to analyze, albeit briefly, the execution of sentence in Brazil and Portugal. Thus, this dissertation addresses the concept, the legal nature and the form of the enforceable legislation in both countries. In the third part, we discuss the non-exemplary Brazilian custody measure Regime Disciplinar Diferenciado (Differentiated Disciplinary Regime) and, in the fourth, we propose that we consider the (un)constitutionality of this legal institute's rules, which have been made a part of the Brazilian legal order. In light of the research conducted, we seek to assess how the current situation of the prison system, along with the enforcement of RDD, interferes in the fulfillment of the prison sentence and in the life of the prisoner.

KEY WORDS: Prison; Execution of Penalty; Custodial Penalty; Purposes of the Execution of Penalty; Resocialization; Measures of Prison Discipline; Differentiated Disciplinary Regime.

LISTA DE ABREVIATURAS

CEP – Código de Execução das Penas e Medidas Disciplinares de Portugal, lei n.º 115 de 12 de outubro de 2009

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

C.N.P.C – Conselho Nacional de Política Criminal Brasileiro

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal Português

CRFB – Constituição da República Federativa Brasileira

CTT – Casa de Custódia de Taubaté

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Jurídico-Criminais

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal Brasileira n.º 7.210 de 11 de junho de 1984

OEA – Organização dos Estados Americanos

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

S.P – Estado de São Paulo, Brasil

R.J – Estado do Rio de Janeiro, Brasil

V.E.P – Vara de Execuções Penais Brasileira

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
1ª PARTE – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	17
2. BREVE DEFINIÇÃO DE PRISÃO COMO PENA	17
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO PENA	25
2.2 A PRISÃO COMO PENA NO BRASIL E EM PORTUGAL: BREVE ANÁLISE DOS SISTEMA PRISIONAIS	33
2.3 A BREVISSÍMA ANÁLISE DA INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL E EM PORTUGAL NO SÉCULO XXI	46
2ª PARTE – A EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL E EM PORTUGAL, ANÁLISE COMPARATIVA	50
3. O CONCEITO DA EXECUÇÃO DA PENA	50
3.1 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO DA PENAL	53
3.2 A FINALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA	56
3.3 A EXECUÇÃO DA PENA EM PORTUGAL, BREVE ANÁLISE	58
3.4 A EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL	63
3.4.1 A EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL – O ADVENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	72
3.4.2 A DISTÂNCIA ENTRE LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL	80
3ª PARTE – O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – ANÁLISE DA MEDIDA CARCERÁRIA BRASILEIRA	86
4. A ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO, LEI Nº 10.972 DE 2003	86
4.1 O CONCEITO DA MEDIDA DISCIPLINAR CARCERÁRIA RDD	92
4.2 O RDD – PREVISÃO/ALTERAÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	95
4.3 O PROCEDIMENTO PARA A INCLUSÃO DO CONDENADO NO RDD – CABIMENTO	99
4.4 A BREVE APRECIÇÃO CRÍTICA DO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS - PROCESSO HC N.º 104.815/MS	102
4ª PARTE- ANÁLISE CRÍTICA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS ESTIPULADAS PELO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO CÁRCERE BRASILEIRO	108
5. A LEI 10.972 DE 2003 – ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS ESTIPULADAS PELO RDD	108
5.1 O RDD FACE A BREVE ANÁLISE CRÍTICA QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, PENAS E PROCESSUAIS PENAS BRASILEIROS	115

5.1.1 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FACE AO PRINCÍPIO DO “ <i>NON BIS IN IDEM</i> ”	117
5.1.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FACE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PRESA.....	119
5.1.3 A MEDIDA DE DISCIPLINA FACE AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	123
5.2 A BREVÍSSIMA ANÁLISE SOBRE AS MEDIDAS DISCIPLINARES NO BRASIL E EM PORTUGAL.....	125
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131
ANEXOS.....	138

1. INTRODUÇÃO

A prisão, desde os primórdios da humanidade, sempre foi um instrumento utilizado para demonstrar poder, empregado pela parcela mais favorecida economicamente (e/ou pela parcela religiosa) e, exercia o papel de controle ameaçador sob um grupo social. A aplicação da pena de prisão sempre teve a função fundamental de disciplinar o indivíduo ao longo da humanidade, assim como assumiu o objetivo de promover a paz social dentro de uma determinada conjuntura coletiva.

No contexto hodierno prevalece, ainda, a ideia de prisão como pena e símbolo de poder e de controle social, sendo promovida pela figura do cárcere. No entanto, a execução da pena adquiriu, com o passar do tempo, novas finalidades que vão além da necessidade de punir por punir para excluir o ser humano preso. Na antiguidade, concebia-se o encarcerado apenas como um sujeito destinado à morte e à tortura, mas, hoje, vemos o cativo como um ser humano possuidor de direitos e de garantias e, mais importante, como detentor da dignidade da pessoa humana.

No século XXI, temos que a prisão é a estrutura destinada a abrigar os sujeitos transgressores do tipo ilícito penal (cumpridores de pena privativa de liberdade ou que ainda aguardam o julgamento), e que assume, ainda, a forma do estabelecimento “adequado” para exercer o papel fundamental de abrigar o indivíduo que deve cumprir a pena privativa de liberdade destinada pelo juiz de direito.

No entanto, pretende-se, sobretudo, um olhar necessário para se possa prestar atenção às consequências que o cárcere, nos dias de hoje, provocam na vida do ser humano preso. Neste ínterim, ressalta-se a importância de que a prisão deve ir além, pois assumiu, ao longo da história da humanidade, o papel de ser o sítio reabilitador social (prevenção especial da finalidade da pena, a ressocialização¹) devendo, assim, por responsabilidade promover de banimento do delinquente e, por principal, salvar o homem.²

¹ Neste ínterim, ressalta-se o seguinte ensinamento sobre a importância da prevenção especial da finalidade da pena, a ressocialização: “Mesmo numa justiça penal preocupada com a pacificação da comunidade em torno da reafirmação da validade dos bens jurídicos essenciais não deve, porém, desconsiderar-se a preponderância da prevenção especial de socialização.” SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, pra quê e como?* 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. pp. 495-5 em nota de rodapé apud Cfr. ANCEL, Marc. *La Défense Nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3ª ed. corrigida e aumentada, Paris: Cujas, 1981.

² DUARTE, José Henrique. *Banir o Delinquente, Salvar o Homem A mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplinar prisional.* Edições Almedina S.A, 2013. p.9.

Então, o objetivo da presente dissertação de mestrado é analisar a execução da pena em face do sistema prisional que deve, então, ser um instrumento destinado a alcançar o objetivo ressocializador³, ou a afastar, pelo menos, a função dessocializadora, da finalidade da execução da pena privativa de liberdade. Pretende-se, ainda, observar a função não socializadora da medida de disciplina carcerária brasileira, o Regime Disciplinar Diferenciado (que entrou no ordenamento jurídico brasileiro através da lei nº 10.972 de 2003).

Assim, considera-se, também, importante analisar a disparidade entre as normas dispostas nas legislações penais voltadas à execução da pena e a realidade do sistema prisional atual. O que se tem disposto na norma penal legal executória e a atual situação prisional no Brasil e em Portugal estão conectadas em harmonia e vão ao encontro das finalidades da execução da pena (retributiva, preventiva e ressocializadora)?⁴

A situação carcerária, na atualidade, passa por obstáculos grandiosos, não correspondendo como deveria ao estipulado na lei de execução penal nos dois países, e principalmente, no que diz respeito a todas as finalidades da pena, destacando-se mais ainda o quesito socializador. De igual modo, constata-se, ainda, que o Estado por não conseguir dispor de um sistema prisional que consiga abarcar as normas da legislação executória da pena e suas finalidades, acaba por recorrer a mecanismos demasiado drásticos (como a medida de disciplina carcerária brasileira RDD) para disciplinar os presos sob a justificativa de alcançar a diminuição da violência, dentro e fora do cárcere, uma situação que não se confirma e adoce o corpo e a mente do preso.

Ademais, a população carcerária aumenta expressivamente, todos os anos, e a

³ Assim, observa-se: “Só quando, durante a execução da prisão, se puderem evitar os efeitos dessocializadores que geralmente lhe estão associados se afastarão os obstáculos à realização da finalidade de prevenção especial. Independentemente das suas virtualidades ou mesmo da necessidade para, no caso concreto, agir positivamente sobre o recluso (efeito de socialização prevalente na prevenção especial), o cumprimento da pena pode desempenhar, pelo menos, um papel funcional no que toca às exigências de advertência contidas no efeito preventivo especial. E que, agora, já não correm o risco de ser paralelamente anuladas pela dessocialização.” RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização Jurisdicionalização Consensualismo e Prisão*. Coimbra Editora, 2000, p. 66.

⁴ Pretende-se analisar se a realidade prisional consubstanciada na pena privativa de liberdade abarca as finalidades da pena, quais sejam: retributiva, preventiva e a mais importante, a especial ressocializadora. Existe uma linha tênue entre a realidade carcerária e a teoria das normas penais que impedem o alcance pleno das finalidades da pena. O “dever ser” e o “ser” devem se encontrar para que se pretenda alcançar com excelência as verdadeiras do cumprimento da pena na vida do encarcerado. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, pra quê e como?* 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. pp.504-505 apud PAVARINI, Massino. *Para uma crítica de la ideologia penal. Uma primeira aproximacion a la obra de Alessandro Barrata, Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, cit., p.132 apud BARATTA, Alessandro. *O Estudo Rierche su “essere” e “dover essere” nell’es esperienza e nella scienza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1968).

superlotação prisional, conjuntamente com o ambiente carcerário insalubre e inadequado, enferma cada vez mais o corpo e a alma do indivíduo privado de liberdade. Ainda sim, o Estado utiliza o direito penal como ator principal de poder em relação ao controle da violência, quando o mesmo deveria ser sempre visualizado como a última *ratio legis*.

Neste sentido, o presente trabalho de dissertação de mestrado foi dividido em quatro partes. A primeira parte dispõe sobre uma breve análise da prisão como pena e pretende analisar, mesmo que rapidamente, a situação do sistema prisional dos tempos passados até aos tempos hodiernos no Brasil e em Portugal.

A segunda parte da dissertação de mestrado traz ao contexto a execução penal de forma geral e, depois, pretende analisar a execução da pena de prisão de forma comparativa e contrastiva entre Brasil e Portugal, em suas formas, no que diz respeito à importância de efetivação e em relação às finalidades do cumprimento da pena.

A terceira parte alinha ao presente estudo as características gerais da mais drástica medida de disciplina carcerária implementada no ordenamento jurídico brasileiro, o Regime Disciplinar Diferenciado. A apresentação desta medida de disciplina carcerária brasileira tem por objetivo oferecer um não-exemplo para sistemas de execução da pena de prisão pelo mundo inteiro.

A quarta parte da dissertação de mestrado busca o questionar a constitucionalidade do RDD e procura apresentar uma análise crítica da aplicação das regras que trouxeram a medida disciplinar carcerária para o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a análise crítica da prisão como pena, as formas da execução da pena no Brasil e em Portugal e a medida disciplinar carcerária denominada RDD trazem ao cenário do Direito Penal, fases importantes a serem observadas. A fase do processo penal não deve perder a importância, porém, deve-se especial atenção ao cumprimento de pena de prisão, por vezes esquecido, já que o preso é detentor e possuidor de direitos e de garantias que não lhe são retiradas com a perda da liberdade por pena de prisão.

A situação carcerária deve ser repensada para que se busque a melhor efetivação das finalidades da execução da pena, sobretudo no sentido de se alcançar a reabilitação social do preso, uma vez que este precisa que lhe seja dada a oportunidade de reinserção social, após o cumprimento de pena. Então, a prisão, a execução da pena e a medida disciplinar prisional denominada RDD, na atualidade, proporcionam ao réu a possibilidade de reparação e de um

saudável retorno ao meio social a que irá regressar?

Deve-se refletir sobre as questões diretas que são o objetivo da função especial da execução da pena, a ressocialização⁵. Não se pode regressar aos tempos antigos, em que a prisão era apenas um instrumento de tortura e devia promover em seguida o banimento total do corpo do homem preso. Deve-se avançar nas políticas criminais para o melhoramento da situação carcerária, com o objetivo de promover a reabilitação do preso e, assim, alcançar a exclusão da reincidência.

Ao fim e ao cabo, pretende-se expor que o atual modelo de prisão como pena se tornou um instrumento ineficaz face às normas penais executórias, a situação de vulnerabilidade do encarcerado e a ineficiência da drástica medida de disciplina prisional RDD no Brasil claudicaram na missão de amparar todas as finalidades da execução da pena de prisão, principalmente quando deve-se olhar para a função ressocializadora do indivíduo preso.

Diante desse contexto, deve-se considerar a situação do sistema prisional atual e buscar soluções para que se promova a devida conexão em harmonia das finalidades da execução penal com a legislação de execução penal e, ainda, deve-se objetivar a melhora do efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade para que haja a justa interferência direta na vida do encarcerado e, assim, promover a reabilitação do mesmo e conseqüente retorno saudável para a vida social comum.

⁵ O n.º 1 do artigo 42 do Código Penal Português dispõe que: “a execução da pena de prisão, servindo da defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”. Neste sentido, observa-se o disposto sobre a importância da reintegração social na função especial de socialização do apenado: “O legislador português, partindo daquele que parece ser o reconhecimento primeiro de que a execução da pena de prisão serve antes de mais os interesses de defesa da sociedade perante o crime (e não dando primazia, assim, a um hipotético interesse do condenado em ser afastado de um projeto de vida criminoso), não deixa porém de impor que essa mesma execução seja condicionada pela oferta de uma possibilidade de reintegração social ao recluso”. SANTOS, Cláudia Cruz. ob. cit. pp. 495-496.

1ª PARTE

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

2. BREVE DEFINIÇÃO DE PRISÃO COMO PENA

Para que se alcance parte do objetivo final da presente dissertação de mestrado, entende-se ser necessário que regressemos à origem da questão do surgimento da ideia/realização de prisão como pena simples, pretendendo-se, assim, analisar após a conceção de instituição da prisão como pena e, deste modo, avançar depois até uma breve percepção avaliativa dos sistemas penitenciários hodiernos em suas evidentes complexidades e dificuldades quanto ao alcance efetivo das finalidades do cumprimento da pena.

Deve-se pensar na prisão como pena com racionalidade, cabendo assim um olhar para o lado e para o futuro e, assim, pretende-se adentrar nas questões sobre os novos sistemas penitenciários e seus objetivos gerais relacionados com a vida do ser humano encarcerado.⁶ O olhar para trás neste quesito, na qual a prisão como pena se fizeram presentes por toda a história da humanidade, é de estimado valor significativo para alcançar em linhas retas o entendimento completo sobre o presente estudo.

Assim, observa-se que, na visão geral, a prisão que buscava, desde o início da humanidade, segregar e punir o indivíduo transgressor não pode ser considerada possuidora de origens históricas recentes. A prisão em seus primórdios, antes de ser um instituto jurídico ou antes de assumir o papel de estabelecimento penal para o cumprimento da pena de prisão privativa de liberdade, não tem origens tão recentes que pudessem ser datadas nos códigos mundiais e nem muito menos quando se percebe as primeiras escrituras portuguesas e brasileiras predecessoras à atual conceito de prisão como pena ou, ainda, em relação a vigência do sistema penitenciário moderno. A prisão tem origens muito mais complexas e

⁶ Faz-se necessário um olhar mais incisivo sobre as instituições prisionais. As influências iluministas trazem a abertura do início do debate sobre a racionalidade da pena e diretamente quanto à prisão, sendo o objeto desta racionalidade, devendo abrir caminhos e portas em relação ao estudo sobre novos sistemas penitenciários. ROMÃO, Miguel Lopes. Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal. Tese de Doutoramento. Coimbra. Edições Almedina, S.A. 2015, pág. 169.

arcaicas do que se pode averiguar em escritas humanas e, sem dúvidas, faz parte dos episódios mais horrendos e tristes da história da humanidade.⁷

Deve-se considerar que as penas aplicadas e as prisões (a serem consideradas como estabelecimentos penais destinadas ao cumprimento da pena de prisão), antes mesmo de serem vistas e estudadas em forma de institutos jurídicos, são anteriores aos seus atuais conceitos teóricos, principalmente no âmbito da realidade do cárcere no Brasil e em Portugal. Há uma linha tênue que separa a história contada e sobre o que era realmente a realidade da prisão utilizada como pena, desde o início da humanidade até os tempos atuais.⁸

A prisão como pena nasceu como um meio preventivo e com finalidades punitivas, primeiramente para resguardar e efetuar a segregação daqueles que seriam cruelmente punidos por seus atos, tais estes que não condiziam com as normas sociais estabelecidas sobre um grupo social. O calabouço (que servia de “prisão” na antiguidade) era um local destinado a escarmentar pessoas que deviam ser responsabilizadas por atitudes incoerentes com a moral e com os bons costumes de um determinado grupo social.⁹

Neste ínterim, a prisão como pena, tem suas ideias e suas origens consubstanciadas desde muito antes da concepção do modelo atual existente, como acima citado. Para além disso, a prisão tem um elevado grau de importância ao longo da história da humanidade, pois

⁷ RAMIREZ, Sérgio Garcia. Reprisión y Tratamiento Penitenciario de Cuminales. México D.F. Logos. 1962. p. 202.

⁸ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. A prisão. São Paulo. Publifolha. 2002. p. 21.

⁹ Sobre o assunto: “Como visto, a “prisão” é simultaneamente repressiva e preventiva e, em termos terminológicos, designa realidades por vezes diferentes. E, para além de referências já anotadas no período medieval, a propósito de uma verdadeira pena envolvendo a entrada na prisão, por exemplo prescrita para quem infringisse as proibições sobre jogos de dados (um dia ou 15 dias na cadeia), ou usasse em público bens que lhes fossem vendidos – pena de prisão a ser determinada pelo julgador -, mesmo que cumulativamente com outras penas encontram-se igualmente referências a multa cujo destino deva ser o de “se fizerem prisões novas para as nossa Cadeas”: aqui, contudo, num sentido meramente indicativo dos instrumentos mais diretos de contenção. Nesta última previsão, relativa à punição dos “barregueiros casados”, inclui-se também a possibilidade de, após três reincidências, o condenado ser preso por tempo indetermindado, de algum modo sucedânea de previsão encontrada no Livro das Leis e Posturas, mas apenas até que o monarca determine o verdadeiro *castigo* a ser aplicado – “pera nós sabermos as penas, que lhes avemos de dar polla perserveraçom do dito peccado”. ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. pág. 482 apud AO, I.V, T.41º, § 8º. Às OM (I.V,T.48º) e às OF (I.V, t.82º), contudo, não chegará esta pena de prisão, AO, I.V, T.43º § 4º, AO, IV,T.20º, § 19º e §20º e AO, I.V, T.20º, §22º. Nas OM (I.V,t.25º) e nas OF (I.V,t. 28º) já não se encontra aqui a referência à prisão, mas apenas a multa, penas corporais e degredo.

sempre foi elemento presente, de forma mais ou menos desumana, em todas as organizações sociais.¹⁰

Neste sentido, deve-se atentar que as primeiras ideias do conceito geral de prisão como pena se constituíram fora do aparelho jurídico e distante da análise sobre quaisquer direitos humanos e garantias fundamentais da pessoa humana, na antiguidade o cárcere não era o estabelecimento destinado única e simplesmente para o cumprimento da pena.¹¹ Não há como se analisar, a princípio, uma ideia de igualdade ou de justiça para a história da questão prisional. Pelo contrário, existe uma disparidade bastante complexa entre as primeiras formas de se aprisionar e custodiar o Homem e um devido olhar destinado à concessão de direitos e devida observação à justiça para esta questão.

Deve-se entender que, no início, a prisão como pena nunca objetivou promover/visar o direito a justiça ou atender qualquer tipo de racionalidade objetiva quanto à pena; seguia apenas a diretriz de aprisionar, punir, segregar e excluir. A prisão como pena, antes de ser entendida como um instituto jurídico e “moderno” como se visualiza nos tempos hodiernos, era um local exclusivamente destinado a penas desumanas, onde os aprisionados esperavam pelo suposto julgamento ou pela execução da pena de morte.¹²

Considerando o exposto, quanto à prisão, na antiguidade, vale ressaltar a pesquisa de Elizabeth Miciasci, que apresenta, primeiramente, o exemplo das Muralhas sob o aspeto de construção de estabelecimento segregativo, que, por muitos anos, refletiu o monumento máximo de exclusão social, dentro do qual as duras realidades ocorridas se escondiam por trás

¹⁰ As prisões sempre foram o estabelecimento para o cumprimento da pena de prisão, mas, sobretudo, foram os palcos para uma infinidade de atrocidades cometidas contra o corpo e alma da pessoa humana, sem dúvidas, devem ser consideradas como um marco cruel na história da humanidade. Em 405-376 a.C, em Siracusa, por exemplo, existiam prisões com penas nas quais os prisioneiros eram postos em escavações abandonadas, denominadas “latonías”, para serem custodiados, torturados permanecendo presos até a morte. RODRÍGUEZ. *Evolución Histórica de las Penas Privativas de Libertad*. In: (org.). VALDÉS, Carlos García. *Historia de la prisión: teorías economicistas*. Crítica. Madrid: Edisofer S.L, 1997. p.79.

¹¹ Neste sentido, ressalta-se o ensinamento: “A História Antiga é o período que chega até Constantino o Grande, no ano de 337. Acabou sendo entendida pelos historiadores até o ano de 476, quando encontra o seu fim. Na antiguidade o cárcere não era compreendido como um local destinado ao cumprimento de pena. Em larga escala, a prisão era vista como um local em que o acusado era detido para ficar à espera de seu julgamento, evitando-se, com isso, a sua fuga.” AMARAL, Cláudio do Prado. *A História da Pena de Prisão*. Jundiaí. Paco Editorial. 2016. p.24.

¹² Neste sentido, expõe Lopes: “unicamente o lugar onde o preso aguardava julgamento ou execução de pena – quase sempre corporal ou patrimonial -, servindo num caso ou no outro como meio de coerção para cumprimento das sanções pecuniárias.” LOPES, José Guardado. *Achegas para a História do Direito Penitenciário Português*. Lisboa. S/Ed. 1995. p. 15

dos muros. A prisão, neste tempo, tinha por principal objetivo segregar parte da sociedade, descriminalizando os que não “serviam” para o convívio social.¹³

A prisão era representada pelas muralhas, na antiguidade, e situava-se, em regra, em locais completamente isolados e desertos, pois pretendia estabelecer um isolamento total, devendo representar o símbolo do direito de punição e do poder de controlo do Estado. Com o passar das décadas e dos séculos, as muralhas foram se aperfeiçoando, sempre ressaltando a ideia de poder, de punição e de segregação.

Segundo a pesquisa publicada por Elizabeth Misciasci, as primeiras ideias sobre o instituto da prisão propriamente executadas nascem com a necessidade que o povo Egípcio sentiu de aprisionar seus escravos e seus prisioneiros de guerras, podendo estas ser identificadas a partir de meados dos anos 1700 antes de Cristo até 1280 antes de Cristo.¹⁴

Assim, como explica Luís Guzman, a prisão era um local utilizado para efetivar suplícios diretos nos corpos dos homens aprisionados. Os lugares onde se aprisionavam pessoas sempre eram espelhos de sítios desumanos em todos os aspetos, pois o cárcere não era apenas para punir, como também para deter o indivíduo preso, através de tortura.¹⁵

Considerando o lapso temporal histórico e avançando da antiguidade para a Idade Média, pode-se analisar que, na Idade Antiga, não se entendia a pena como uma questão que versasse sobre a privação de liberdade ou como uma sanção criminal, mas antes, utilizada como um instrumento de controle incisivo, onde o condenado aguardava o seu julgamento, ao dispor do comandante da sociedade contra as pessoas, algo que se constatou e continuou no decorrer de toda a Idade Média.¹⁶

Ocorre que esta imagem da prisão como pena e o conceito de pena foram mantidos durante um longo período de tempo, até à chegada da Idade Moderna, durante a qual houveram as primeiras necessidades de se registarem mudanças. No entanto, considera-se,

¹³ MISCIASCI, Elizabeth. A primeira prisão e os Presídios, Aprisionar. Revista web. Parte 1. São Paulo:199. Disponível em:<http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

¹⁴MISCIASCI, Elizabeth. ob. cit.

¹⁵ GUSMAN, Luís Garrido. Manual de Ciência Penitenciária. Editoriales de Derecho Reunidas Editora EDERSA. Madrid. 1983. p. 73

¹⁶ AMARAL, Cláudio do Prado Amaral. ob. cit. 26.

que até aos dias hodiernos, temos resquícios do tratamento desumano e de prisões insalubres como vistos nas prisões da Idade Média.

A prisão como pena, assim, era um mecanismo necessário na estrutura da sociedade e possuía o papel fundamental de custodiar e amedrontar o indivíduo, sendo-lhe aplicadas penas cruelmente excessivas, tanto no sentido corporal quanto no sentido psicológico. Os cárceres serviam, também, como exemplo de correção do indivíduo preso e assumiam a forma demonstrativa e exemplificativa para o controle e o combate ao crime, devendo ser evidenciada e mostrada como um fato para toda a sociedade.¹⁷

As prisões serviam como exemplo, também, para que as pessoas da outra parte da sociedade não cometessem crimes e para que temessem o seccionamento da pena de prisão. À época, constata-se que, para além da função de punir, a pena de prisão também assumiu a função educativa e preventiva. Todavia, constata-se o seu papel era, sobretudo, amedrontar todo o grupo social.

Vale ressaltar, assim, que, nos tempos passados, o ato de aprisionar não se contentava/exauria apenas com a aplicação da pena de morte. As penas ultrapassavam a morte em execução, sendo utilizados, em suma, meios cruéis e desumanos de aplicação da prisão como pena. Observa-se que durante grande parte da história da humanidade, as penas tinham objetivos de atingir o corpo, trazendo dores insuportáveis e incisivas ao Homem condenado.¹⁸

Na Idade Média, entendia-se que, para aprisionar, não havia necessidade da existência de um local específico que respeitasse minimamente as condições físicas de um ser humano; o princípio da dignidade da pessoa humana não era, de todo, uma preocupação. Devia-se punir por punir, de acordo com a decisão posta pelo soberano que comandava a sociedade.

Assim sendo, ainda não existia uma ideia sólida de arquitetura penitenciária própria, pois o cárcere era visto apenas como um local de custódia para manter aqueles que seriam

¹⁷ Sobre a aplicação da pena na antiguidade, observa-se: “a pena aplicada pela sentença era quase sempre muito mais grave que o encarceramento, pois frequentemente se aplicavam penas cruéis ou de morte. Assim, a prisão possuía a marca do encarceramento como custódia física. Ou, numa linguagem mais direta, a prisão era a antessala da câmara de torturas ou sala de espera para ser morto.” AMARAL, Cláudio de Padro. *A História da Pena de Prisão*. Jundiaí. Paco Editorial. 2016. p. 25.

¹⁸ Esta questão segue o exemplo de aprisionar na antiguidade pela civilização oriental, como na China, no Egito e etc. THÓT, Ladislau. *A Evolução Histórica do Direito Penal*. Lisboa: Tipografia Penitenciária. 1932. p. 3.

submetidos a castigos corporais e à pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições impostas pelo Estado, como lecionam Georg Rusche e Otto Kirchheimer.¹⁹

Acredita-se que, desde os primórdios de toda e qualquer sociedade, o cárcere no sentido de aprisionar se instalava perante as comunidades com o objetivo de segregar, de torturar e de excluir todos os indivíduos não desejados na sociedade. A prisão era apenas o lugar posto para se aprisionar, quando o chefe da sociedade entendia por necessidade dividir e segregar parte dos indivíduos, justificando a sua utilização por motivo ou fato aparente ocorrido, que fosse estabelecido como inadequado no meio do o grupo social envolvido.

Neste entendimento, observa-se, ainda, que as pessoas eram devidamente excluídas da convivência da sociedade por terem cometido atos que interferiam diretamente no bom convívio e que traziam perigo para ordem pública e para a organização central da comunidade.

Destarte, não se encontra datado de modo correto e preciso o dia em que foi construída a primeira prisão (seguindo o modelo hodierno), no decorrer da história da humanidade. No entanto, considera-se que a ideia geral da prisão na humanidade, subjetivamente, tem origem na necessidade extrema de se concretizar uma estrutura que pudesse abrigar indivíduos considerados “maus” e puni-los por seus respectivos crimes.

Houve a necessidade de se pensar, então, em um lugar/estabelecimento que pudesse responder à necessidade de afastar os indivíduos indesejáveis da cúpula da sociedade, com a finalidade de torná-los, com o lapso temporal de permanência em tais lugares, em pessoas dóceis e “boas”, mesmo que ainda se mantivesse a ideia de que tal sítio, ainda, serviria para torturar o prisioneiro até a morte.

Nesta vertente, cabe ressaltar o ensinamento de Miguel Romão, que dispôs que as prisões são as mais perfeitas respostas para o Estado e para a sociedade que tem sede de retribuição, após perceber um indivíduo transgressor das leis penais. Aprisionar corresponde

¹⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 30.

ao ato de tirar a liberdade individual de um ser humano e, anteriormente, o valor da pena era revertido de consequências extremas.²⁰

Neste sentido, deve-se considerar que a prisão é muito mais antiga do que se possa datar em escrituras ou relatos, seja no âmbito mundial ou nacional, uma vez que a mesma advém da ideia de separar homens, de segregar todo aquele indivíduo que ofereça perigo à ordem estipulada por uma determinada sociedade e essa ideia persiste na humanidade desde os primórdios da história.

Vale ressaltar ainda, que antes mesmo que o próprio ser humano pudesse documentar algo, provavelmente preexistia à ideia da necessidade do isolamento celular daqueles indivíduos que não eram bem-vindos, daqueles que perdiam guerras e se tornavam escravos, tal como aqueles que ameaçavam, de algum modo, a paz social, dentro de determinado convívio.

Neste contexto, apreciando os mais diversificados entendimentos sobre o início da ideia de prisão nos tempos passados, devemos considerar a nobre lição de Michel Foucault, que nos ensina sobre a antiga existência da prisão, na qual a forma preexistente do cárcere era bem diferente do que se deve observar hoje no sistema carcerário e nas normas penais.²¹

No mais, observa-se ainda o ensinamento de Michel Foucault²², que estabeleceu que o conceito atual e propriamente dito do que se entende hoje por prisão é recente, podendo ser de início mais bem visualizado no fim do século XVIII e no início do século XIX, decorrente

²⁰ Sobre o assunto: “A prisão (mas também ainda a colonização penal, o degredo para espaços ultramarinos subpovoados ao dispor das potências europeias), as duas grandes “invenções penitenciárias”, como a certo ponto são designadas, parecerem ser a mais perfeita resposta, pois permitem remover do contacto social, sancionar através de um desvalor extremo, alicerçado na perda da liberdade individual, e vão revestidas de características que, pelo menos na concretização de uma nova salvação para esta nova ordem.” ROMÃO, Miguel. op. cit. p. 169 apud CORREIA, Eduardo, La prison, les mesures non-institutionnelles et le Project du Code Pénal Portugais de 1963, separata de “Estudos in memoriam do Prof. José Beza dos Santos”, suplementos ao vol. XVI do BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, pp. 10 a 12.

²¹ Neste entendimento: “A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste á sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos fixarem-los e distraí-los especialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos doces e uteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 217.

²² FOUCAULT, Michel. ob. cit. p. 218.

da grande reforma do Direito Penal, relativa à conseqüente humanização das penas e resultantes, também, da forte influência do início da implementação dos Direitos Humanos, quedando-se cada vez mais incidente no mundo inteiro.

Ocorreu que a nova era revolucionária que baseou os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana não aceitava a configuração antiga de aplicação de pena, já que, com ela, nasciam as grandes questões sobre a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. A pena começa a ser visualizada de uma forma diferenciada daquele objetivo de punir por punir e torturar para extinguir o homem “mau” da sociedade.

No entanto, considera-se importante, também, que antes da referida reforma a principal forma de punição do Estado contra aquele que cometia crimes, consistia em punições físicas e mentais cruéis, como a pena de morte, o desmembramento, a tortura e outros tipos de violência direta contra o corpo do criminoso, antes mesmo que houvesse justo julgamento ou que o mesmo tivesse chances de apresentar defesa pessoal.²³

No final do século XVIII, começa-se a real comoção, mesmo que de forma inicial, e pairam discursões pelo mundo inteiro em prol da rejeição de penas desumanas. Sobre isso, Miguel Romão explica que as ideias de extinção das penas desumanas e a observação do justo julgamento antes da condenação nasceram em Inglaterra e nos Estados Unidos da América e, depois, influenciaram o mundo todo, nomeadamente os países da Europa e conseqüentemente Portugal.²⁴

Assim, o mundo inteiro, a partir do século XVIII, começa a tomar atenção às formas de punir e trazem ao centro do debate um entendimento diferenciado e mais conciso sobre os estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento de pena de prisão privativa de liberdade e, ainda, começa-se a observar as primeiras impressões quanto o

²³ Neste sentido: “imperavam, então, a pena de morte e as penas corporais e a imaginação do homem para infligir a dor e o sofrimento não tinha barreiras, observando-se, no entanto, que a privação de liberdade foi também atribuída a função de coagir o devedor a pagar ao credor”. DUARTE, José Henrique. Banir o Delinquente, Salvar o Homem A mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplinar prisional. Edições Almedina S.A, 2013. p.30.

²⁴ Sobre o exposto: “Em particular em Inglaterra e nos Estados Unidos da América, o debate sobre as penas – e em particular sobre a pena de morte, a prisão, o trabalho e o degredo -, tornado a partir do final do século XVIII numa causa pública, vai influenciar vários espaços por todo o Mundo, nomeadamente vários Estados Europeus continentais e, designadamente, Portugal. Iniciado como debate geral em torno da rejeição das penas corporais, da pena de morte e da reforma das prisões, evoluirá para permitir uma discussão específica sobre o melhor modelo de execução da pena de prisão.” ROMÃO, Miguel. ob. cit. p. 171.

juízo e posterior condenação do ser humano acusado. Neste sentido, começam-se a perceber, nesta linha, que os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana passam a ser ensaiados, mesmo que de forma rasa, no contexto da prisão como pena.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO PENA

Com base no breve relato da ideia de prisão na antiguidade e nas definições acima expostas, segundo Michel Foucault²⁵, observa-se que foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade (simples e pura no ato de aprisionar e manter sobre o cárcere, não sendo um instrumento pré-pena de tortura ou morte) passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal no mundo. A violação de um direito e consequente existência do crime dispõe ao Estado/Poder o direito de punir o transgressor que deve receber a penalização, pois sabe que cometeu o ato ilícito típico devendo ser afastado do meio social.²⁶

Neste sentido, deve-se considerar o gradual e pausado banimento das penas cruéis e desumanas. A pena de prisão passa a exercer um papel de punição de fato e, começando a ser observada com os olhares da humanização das penas, é altamente defendida pelos ideais da Revolução Francesa e pelos preceitos dos Direitos Humanos.

No entanto, entende-se que as mudanças no meio do conceito de punição²⁷ e de prisão vêm junto com as mudanças políticas que surgem a partir do século XVIII, com a queda do Antigo Regime e a ascensão da burguesia. Assim, a punição deixa de ser um espetáculo público corretivo, muitas vezes promovido e incentivado pela Igreja Católica (ou

²⁵ FOUCAULT, Michel. ob. cit. p. 219.

²⁶ HEGEL, Princípios da filosofia do direito. Guimarães Editora. Lisboa. 1959. pp. 110 e 111.

²⁷ A ideia de punição nos tempos passados se baseava na necessidade de flagelar o indivíduo cometedor de ato impróprio considerado um ilícito penal. Mesmo nas “sanções simples”, a punição era sempre corporal e servia, também, além de corrigir o imputado, de espetáculo público. A exemplo disso temos o açoite, senão vejamos: “Entre as punições menores, a flagelação era muito apreciada pelo público, sobretudo quando são chicoteadas prostitutas de esquinas. Suplício humilhante, que se pratica com um chicote de correias ou de varas. Para a flagelação pública o paciente, nu da cintura para cima, amarrado à rabeira da carroça, é arrastado pelas praças públicas até o pelourinho, onde recebe das mãos do executor o número de chicotadas determinado pela sentença.” GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição Em Seu Mundo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.39 apud CALON, Eugenio Cuello. *Lo que Howard vio em España – Las cárceles y prisiones de España del siglo XVIII*, in *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1945. Pp 67 a 72.

por qualquer religião que comandasse o país)²⁸ que agia em conjunto com os Estados Totalitários e Monárquicos.

A prisão passa a ser uma punição fechada, assumindo outras características, que seguia regras rígidas e claras. Muda-se, portanto, o meio de se fazer sofrer, deixa-se de punir o corpo do condenado e passa-se a punir a sua alma, o seu interior. Assim, vemos que os preceitos de punição e de prisão começam a mudar em conceção e em aplicação.

Surge, então, um novo modelo de prisão e, conseqüentemente, mudam-se as possibilidades de punição. Visualiza-se um novo modo de acabar com as punições imprevisíveis e ineficientes do soberano sobre o condenado. À época, concluiu-se que o poder de julgar e de punir devia ser melhor distribuído, objetivando-se a proporcionalidade entre o crime e a punição, já que, posteriormente, na maior parte do mundo, os regimes totalitários e monárquicos se extinguíram e o Estado assumiu o poder de comandar a sociedade.

Como exposto no tópico anterior e segundo Luiz Carvalho Filho²⁹, o que se entendia como pena de prisão era diretamente oposto ao conceito atual de prisão e teve sua origem nos mosteiros religiosos da Idade Média, baseado na Igreja Católica³⁰.

Como expõe, ainda, Luiz Carvalho Filho³¹, é dentro desse contexto histórico que nasce a prisão, um novo modelo de lugar para cumprimento da punição imposta. O novo modo de aprisionar, primeiramente, foi direcionado aos monges e aos clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se com Deus.

²⁸ Havia um relação indispensável do Direito com a Religião, sendo até confundidos como um só, durante um longo período de tempo pela humanidade, pois quando havia a necessidade de impor as decisões, o Direito e a Religião se complementavam, um ao outro e os dois se correlacionavam de forma indivisível. Neste ínterim, Duarte cita Dilton Àvila Canto: “no Antigo Oriente, pode-se afirmar que a religião confundia-se com o Direito, e, assim os preceitos de cunho meramente religiosos ou moral, tornavam-se leis em vigor”. DUARTE, José Henrique Duarte ob. cit. p. 31 apud CANTO, Dilton Àvila. Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 2000. p. 175.

²⁹ CARVALHO, Luiz Francisco Filho. ob. cit. p.25.

³⁰ Neste ínterim, temos que: “(...) é precisamente na Idade Média que surge a primeira forma de larvar da mediação pós-condenatória, que ara efetuada pelos bispos católicos que, para o efeito, intercediam junto dos juízes no sentido destes comutarem a penas decididas, especialmente quando os criminosos haviam sido condenados a pena de morte.” DUARTE, José Henrique Duarte ob. cit. p. 31.

³¹ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. ob. cit. 2002. p.28.

Assim, tem-se que foi na Idade Média que surgiram as formas diferenciadas de mediação pós-condenatória³², de competência destinada aos Bispos católicos que deviam mediar em prol dos condenados as sanções impostas pelo juiz. Então, a Igreja Católica assumiu o papel de cumprir dois objetivos: “livrar os encarcerados das penas e das terríveis condições em que se encontravam e procuravam alcançar, por outro modo, o seu arrependimento e conseqüentemente sua reforma”.³³

Essa ideia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a House of Correction, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no Século XVIII. Então, é no fim do século XVIII que começam a surgir os primeiros projetos do que se tornariam as penitenciárias como as conhecemos nos dias de hoje.³⁴

Considerando o ensinamento de Carvalho Filho³⁵, a história da prisão na modernidade deve ser observada para que se possam compreender as finalidades da execução da pena e a importância da prevenção especial da socialização³⁶. Vejamos, assim, alguns importantes nomes dentro do contexto histórico prisional. Primeiramente, John Howard, um nomeado xerife do condado de Bedfordshire, que, em diligência, se distanciou da prisão de seu condado e decidiu conhecer a realidade das outras prisões na Inglaterra.

Em estudo, Howard apontou, à época, que diante de uma averiguação sobre a questão prisional seria necessária a produção escrita sobre a situação dos cárceres analisados e

³² DUARTE, José Henrique Duarte ob. cit. p. 31.

³³ DUARTE, José Henrique Duarte ob. cit. p. 31.

³⁴ JACKSON, Michael. Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada, Toronto. University of Toronto Press. 1983. p.33.

³⁵ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. ob. cit.. p. 21.

³⁶ Sobre a prevenção especial da socialização deve-se atenção: “Mesmo numa justiça penal preocupada com a pacificação da comunidade em torno da reafirmação da validade dos bens jurídicos essenciais não deve, porém, desconsiderar-se a preponderância da prevenção especial de socialização”. Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, “é seguramente à prevenção especial de ressocialização que a constituição da República reserva o primado. Mais: pode mesmo dizer-se que a Constituição erige a ressocialização radica diretamente na vertente material-social do mesmo Estado de direito”. SANTOS, Cláudia Cruz. ob. cit. pp.494-495 apud Cfr. Marc Ancel, *La Défense Sociale Nouvelle: um mouvement de politique criminelle humaniste*, 3ª ed. corrigida e aumentada. Paris. Editora Cujas, 1981 e COSTA ANDRADE, Manuel da. “Constituição e Direito penal”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp.207-208.

é, assim, no ano de 1777 que se publica a primeira edição de *The State of Prisons in England and Wales* (tradução livre: As condições das prisões em Inglaterra e Galés).³⁷

O xerife e escritor Howard apresentou, então, uma crítica à realidade prisional em Inglaterra, como posto por Luiz Carvalho Filho³⁸, e propôs uma série de mudanças, sendo a principal delas a criação de novos estabelecimentos específicos para se adequar a nova visão sobre a prisão como pena sendo efetivada no cárcere, pois, de acordo com a veracidade dos fatos percebidos nas prisões da Inglaterra e Galés, antes o prisioneiro ficava na prisão aguardando a punição, observando-se então, que a prisão como pena tinha apenas um caráter temporário para alcançar o posterior castigo.

A partir desta análise, Howard³⁹ colocou que, adiante, a prisão era a punição em si, portanto as prisões por toda a Europa e nos Estados Unidos não tinham a infraestrutura ou não eram pensadas com essa nova perspectiva de punição em mente, quedando-se impróprias para as novas finalidades da execução da pena de prisão.

Neste sentido, em continuidade, observa-se também outro autor importante na história do contexto carcerário, o inglês Jeremy Bentham, em sua obra sobre o Panóptico, ou ainda, denominada de Casa de Inspeção. Dentre suas contribuições para a reforma do sistema punitivo, Bentham expôs a ideia adaptada de uma punição proporcional à pena de prisão como era entendida à época, dispondo que devia existir um regime de disciplina mais concentrado dentro dos presídios, destacando a situação quanto à imposição mais severa das regras, conjuntamente com uma alimentação grosseira e a vestimenta humilhante, mas todo esse rigor teria, como explicado pelo autor, um principal objetivo: à mudança de caráter e dos hábitos dos delinquentes, transformando-os em outros homens.⁴⁰

³⁷ Howard escreveu sobre a situação miserável e desumana que encontrou nas prisões visitadas. HOWARD, John. *The States of the prison in England and Wales, with preliminar observations, and account of some foreign prisons*. William Eyres. Warrington. 1777. p. 5.

³⁸ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. ob. cit.. p. 21.

³⁹ Sobre a questão, vale ressaltar que John Howard contribuiu muito para a batalha doutrinária da pena e trouxe um considerável melhoramento na condição de vida carcerária. Assim: “ John Howard, conforme defende Giovanni Tessitore, encetou “uma rápida aceleração do processo evolutivo dos métodos de tratamento dos reclusos, cujo o empenho mostrou-se ser decisivo para o declínio das penas corporais e para a sua substituição, no espaço de poucas décadas, pela prisão.” DUARTE, José Henrique Duarte ob. cit. p. 34 citando John Howard apud TESSITORE, Giovanni. *L'utopia penitenziale borbonica – Dalle pene corporali a quelle detentive*. Milão. Franco Angeli Editore. 2002. p.48

⁴⁰ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. Organização de Tomaz Tadeu. Tradução de Guacira Lopes Louro, M.D Magno e Tomaz Tadeu. 2ª edição. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2008.p.30.

Em 1787, o autor escreveu o Panóptico, que demonstrava e concebia um novo modelo de prisão, mais conhecido como uma penitenciária modelo, tendo por base geral a possibilidade direta de que um vigilante conseguiria observar todos os prisioneiros sem que estes o vissem, embora soubessem que estavam sendo vigiados e controlados o tempo todo por tais servidores.⁴¹

O modelo de Panóptico foi entendido como o mais moderno estabelecimento em conceito de prisão, à época, principalmente no que diz respeito à sua estrutura que obedeceria a uma ordem circular. Esta ordem circular compreendia, também, as celas em seu redor, e projetava um meio vazio, onde se encontraria uma torre com o vigia em exercício, sendo este onnipresente e onnipotente.⁴²

Este novo modelo de prisão deu origem a inúmeras ideias e a opiniões diversas sobre a sua aplicação. Sob esta perspectiva, Michael Foucault⁴³, por exemplo, atribuiu considerações em obra, usando o exemplo do Panóptico como uma metáfora para justificar as sociedades ocidentais modernas e sua busca pela disciplina e pela rigorosidade desenfreada, castigando o homem no corpo e na alma.

Segundo o presente escrito de Foucault, o modelo Panóptico não necessita de grades, correntes ou barras para a dominação do apenado, tendo como principal instrumento coibidor a visibilidade permanente do vigia central, sendo esta uma forma de poder própria. Em continuidade, explica, ainda, que o referido modelo não só contribuiu para a evolução das prisões, mas também, espelhou muitas estruturas hierárquicas, como escolas, hospícios, hospitais⁴⁴, fábricas e os quartéis militares pelo mundo inteiro.

No mesmo sentido, na linha temporal da evolução histórica, Luiz Carvalho⁴⁵ expôs que, no final do século XVIII e início do século XIX, surgiu na Filadélfia, nos Estados Unidos da América, o primeiro presídio que seguiu o sistema celular, sendo este denominado de Sistema Penitenciário da Filadélfia.

⁴¹ BETHAM, Jeremy. ob. cit. p.20.

⁴² Neste quesito, o referido autor expos um modelo de estrutura carcerária completo, um plano para casa de inspeção. Vide carta II. BENTHAM, Jeremy. ob. cit. pp.20 a 23.

⁴³ FOUCAULT, ob.cit. p. 217.

⁴⁴ Carta XIX dispendo sobre a estrutura de hospícios, Carta XX sobre a estrutura para Hospitais e Carta XXI sobre a estrutura designada para Escolas. BENTHAM, Jeremy. ob. cit. pp.70 a 84.

⁴⁵ Carvalho Filho, Luiz Francisco. ob. cit. p. 21.

A ideia central desta prisão se consumava em um sistema de reclusão total, no qual o apenado ficava isolado do mundo externo e dos outros presos, destinado a uma cela individual que, para além de repouso, servia para trabalho e para exercício, que possuía um caráter de tempo indeterminado para prisão, podendo esta até ser perpetuada, consoante o caso.

Neste sentido, como preleciona Miguel Romão, em 1790, deu-se a construção da prisão em Filadélfia. O exemplo norte-americano, à época, trouxe para o plano evolutivo prisional novas ideias, pois estabeleceu um cárcere que assumia um isolamento específico e permanente dos apenados. Além disso, posteriormente, trouxe ao cenário a conceção do trabalho individual como ocupação diária para os presidiários. O modelo norte-americano foi copiado e usado durante décadas e foi, também, alvo de várias críticas.⁴⁶

No mais, segundo Luiz Carvalho Filho, deve-se observar as grandes transformações quanto à estrutura das prisões e à aplicabilidade das penas no mundo. O sistema penitenciário estava em constante transformação e construção e sofreu várias modificações ao longo do tempo, tanto relacionadas com cárcere em si, quanto relacionadas com o significado da pena.

Surge, então, também nos Estados Unidos da América, em meados do ano 1824, o sistema carcerário conhecido como Auburn ou Sistema de Nova Iorque⁴⁷, que partilhava de certa similaridade com o sistema da Filadélfia, pois se baseava neste. Tal novo sistema penitenciário também implantava e utilizava a reclusão e o isolamento absoluto do apenado, mas neste novo conceito carcerário, a segregação particular ocorria apenas durante o período noturno.⁴⁸

Em relação à mesma questão, em concordância com o ensinamento de Luiz Carvalho Filho, observa-se, também, a lição de Miguel Romão sobre Auburn, que explica que, para além do isolamento noturno dos reclusos, as atividades eram devidamente realizadas durante

⁴⁶ Sobre o assunto: “A experiência norte-americana será determinante para este processo. A construção em Filadélfia, em 1790, de um estabelecimento prisional com isolamento permanente de reclusos, enclausurados em celas individuais – a prisão celular -, onde posteriormente entrará o dever de trabalho individual como ocupação, marca um modelo que será repetido e também contestado ao longo de décadas, assinalando o nascimento do *regime penitenciário*, designação a que não é alheia naturalmente a inspiração religiosa que o marca.” ROMÃO, Miguel. ob. cit. p. 171.

⁴⁷ O sistema penitenciário auburniano pretendeu suprir as falhas ao regime anterior e se consubstanciava em novas características se justificando no melhoramento da prisão, quais sejam: isolamento celular noturno; vida em comum durante o dia, mas em silêncio absoluto; proibição de visitas exteriores; regime disciplinar rigoroso e cruel; acompanhamento espiritual e religioso; formação escolar e profissional, onde os reclusos eram ensinados a ler, escrever e fazer contas. DUARTE, José Henrique. ob. cit. p. 37.

⁴⁸ Carvalho Filho, Luiz Francisco. ob.cit. p. 29.

o dia e que fora estipulada também, uma nova regra inovadora: a imposição de silêncio absoluto entre os apenados, que devia ser obedecida por todo o período de tempo dentro do cárcere.⁴⁹

Neste sentido, Carvalho Filho expõe, ainda, que o Sistema de Nova Iorque renovasse o Sistema da Filadélfia, pois trouxe à baila a desnecessidade do isolamento celular individual total como ocorria no sistema anterior, uma vez que o novo sistema previa que durante o tempo do dia as refeições e o trabalho deveriam ser coletivos. No mais, o novo sistema, além de trazer a inovação do isolamento celular parcial (apenas noturno), colocou, ainda, a novíssima especialidade de condição para cumprimento da pena de prisão no estabelecimento penal: a regra do silêncio, onde os presos não podiam se comunicar ou mesmo trocar olhares, a vigilância era absoluta. A disciplina era o principal objetivo e era imposta radicalmente aos apenados.⁵⁰

Posteriormente ao sistema de Auburn, nos Estados Unidos da América, como leciona Luiz Carvalho Filho, criou-se em Norfolk, colônia inglesa, um novo sistema prisional que combina os outros dois sistemas e lhes acrescenta uma nova regra: uma espécie de primeira ideia sobre o que se entende como progressão de pena nos tempos hodiernos.⁵¹

O regime, inicialmente, funcionava como o Sistema da Filadélfia idealizado por Willian Penn, onde se estipulava, primeiramente, o isolamento total do preso⁵². Na segunda fase, após o referido período inicial, o preso era submetido ao isolamento somente noturno, trabalhando durante os dias sob a regra do silêncio, como no sistema norte-americano.

Neste viés, Luiz Carvalho Filho ensina, ainda, que renovando todos os sistemas anteriores, em Norfolk, criou-se a primeira ideia de um regime de progressão de pena, descaracterizando a pena perpétua. O novo sistema admitia três fases, nas quais o preso

⁴⁹ Sobre a questão, observa-se que, em alternativa, no estado de Nova Iorque, a prisão de Auburn vai adotar um sistema, em parte também já presente nos antigos estabelecimentos prisionais de Amesterdão, em que o isolamento dos reclusos é apenas noturno e o trabalho e outras atividades são realizadas em comum durante o dia, sendo este quotidiano prisional revestido por uma regra de silêncio, que se pretendia absoluta para alcançar a disciplina. ROMÃO, Miguel Lopes. ob.cit. p. 172.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, Luiz. ob. cit. p. 32.

⁵¹ CARVALHO FILHO, Luiz. ob. cit. p. 19.

⁵² Sobre o sistema filadélfico ou pensilvânico que teve início em seu sistema executório na primeira penitenciária Norte-Americana *Walnut Street Jail* em 1776 e inspirou exemplos pelo mundo vide LEAL, Cesar Barros. Execução Penal na América Latina a luz dos direitos humanos, uma viagem pelos caminhos da dor. Curitiba. Juruá. p.73.

deveria atender todos os requisitos para se alcançar a possibilidade de regressão da pena. A primeira fase dizia respeito ao isolamento total; posteriormente, se o encarcerado cumprisse todas as normas, podia progredir para o isolamento somente noturno.⁵³

Assim, no sistema de Norfolk, em segunda fase, o preso ia adquirindo “vales” e, depois de algum tempo acumulando esses determinados pontos, poderia entrar no terceiro estágio, no qual ficaria em um regime semelhante ao da “liberdade condicional”.

Neste sentido, preenchendo todas as fases requisitórias do sistema de Norfolk e depois de cumprir determinado prazo de sua pena, tendo seguido disciplinarmente todas as regras do regime, obteria a liberdade em definitivo. Ou seja, em Norfolk, já nasciam os primeiros ideais sobre a progressão do regime executório de pena.

Segundo pesquisas de Luiz Carvalho⁵⁴, após essa experiência em Norfolk, que trouxe excelentes resultados na época, o sistema penitenciário é levado como um exemplo para aplicação em Inglaterra, tendo sido, posteriormente, aperfeiçoado na Irlanda.

O novo sistema irlandês, denominado Crofton, implementou os requisitos do sistema de Norfolk, mas avançou mais ainda, criando uma quarta fase a ser executada antes da “liberdade condicional”, na qual o preso trabalhava e seu comportamento era diariamente acompanhado. Se apresentasse respostas adequadas ao sistema, recebia a licença absoluta ou definitiva para retornar à sociedade, caso não apresentasse bom comportamento, eram-lhe revogados todos os direitos, sendo-lhe revogada a licença e retrocedendo em todas as fases.⁵⁵

Assim, em continuidade com a evolução histórica da prisão, o autor Luiz Carvalho⁵⁶ destaca ainda, o Sistema de Montesinos, em Espanha, criado por Manuel Montesinos y Molina, que trouxe para as novas visões dos sistemas penitenciários no mundo a ideia do trabalho remunerado, objetivando o caráter “regenerador” na pena. Nos ensina o autor Duarte

⁵³ CARVALHO FILHO, Luiz. ob. cit. p. 31.

⁵⁴ CARVALHO, Luiz Francisco Filho, ob. cit. p. 25

⁵⁵ LASTRES, Francisco. *Estudios sobre Sistemas Penitenciários*. Madrid. Editora Libreria de A. Duram. 1875. pp. 142-143.

⁵⁶ CARVALHO, Luiz Francisco Filho, ob. cit. p. 45.

que este sistema tinha como lema: *“la prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta. Su misión es corregir al hombre”*.⁵⁷

Neste sentido, com o passar do tempo, os países foram aprimorando seus respectivos sistemas penitenciários, que criaram sempre novos tipos de estabelecimentos penitenciários e regras diferenciadas.

Por fim, embora a história das prisões no mundo seja bastante vasta, a análise das principais questões faz-se extremamente necessária, para que posteriormente, neste trabalho dissertativo de mestrado, haja um melhor entendimento sobre as prisões em Portugal e no Brasil.

2.2 A PRISÃO COMO PENA NO BRASIL E EM PORTUGAL: BREVE ANÁLISE DOS SISTEMA PRISIONAIS

Diante das questões incidentes, passa-se a analisar neste quesito, a breve história e crítica das prisões no Brasil e em Portugal. O conhecimento prévio sobre o surgimento e a evolução das prisões como pena queda-se importante para a compreensão das finalidades da execução⁵⁸ da pena, assim como se pretende observar a direta interferência das condições do estabelecimento prisional na vida do encarcerado.

Primeiramente, se fará a análise no âmbito brasileiro e em segundo plano, igualmente importante, se observará o sistema prisional em Portugal. A evolução histórica da prisão como pena⁵⁹, tanto no Brasil como em Portugal, acompanhou as tendências mundiais e usou os exemplos apresentados no quesito tópico anterior. Vejamos, então.

⁵⁷ DUARTE, José Henrique. ob. cit. 40.

⁵⁸ Na teoria, o sistema penitenciário nos tempos modernos, deveria estar voltado à harmonização positiva das finalidades da execução da pena. O cumprimento de pena, para além do caráter retributivo e preventivo, deve estar diretamente voltado à ressocialização do preso, uma vez que o mesmo deve ter condições reais e efetivas para voltar ao seio social do qual foi privado. Nestas circunstâncias, o estabelecimento penal hodierno deveria garantir minimamente a integridade física e psíquica do encarcerado, mas a realidade prisional falida (tanto no âmbito brasileiro quanto no âmbito português) não corresponde às expectativas das leis penais e do mundo doutrinário teórico. Neste sentido, vejamos: “Na verdade, na atualidade o tratamento penitenciário está dimensionado com a preocupação de harmonizar uma convergência que frutifique positivamente as finalidades, que só no seu significado abstrato se poderiam considerar contraditórias, tanto da punição como na da preocupação humana por cada caso pessoal, tanto da disciplina que não abdique como do estímulo à afirmação da personalidade, que é a da própria dimensão do homem.” DUARTE, José Henrique. ob. cit. 44.

⁵⁹ Sobre a questão vejamos: “(...) depois da proclamação da Independência de 1922, e depois de ter-se submetido às Ordenações Afonsinas, Manoelitas e Filipinas, o Brasil editou, durante sua história a evolução na relação do direito penal brasileiro. Para a perfeita compreensão do processo de codificação do Direito, é preciso conhecer a sua própria história, ou seja, o período anterior a sua codificação. Antes da declaração da Independência, todo o

De acordo com os acontecimentos históricos no âmbito prisional, ressaltados por Fernando Salla⁶⁰, o Brasil, até 1830⁶¹, não tinha um Código Penal próprio, pois era uma colônia portuguesa, totalmente submissa a Portugal e às Ordenações⁶² normativas, que ditavam as ordens e eram utilizadas pelo Reinado em Portugal e nas suas respetivas colônias de exploração, como era o caso do Brasil e das colônias em África.

As Ordenações portuguesas⁶³ traziam nos seus livros as “instruções” com o rol de crimes e de penas que seriam aplicados aos transgressores das regras no reinado (Portugal) e nas colônias, como o Brasil. Entre as penas, destaca-se a ênfase nas de morte, na pena de degredo⁶⁴ para África ou para o Brasil, as penas corporais altamente severas⁶⁵, o confisco de bens e multa (penas de caráter patrimonial) e, também, as penas de humilhação pública do réu.

sistema normativo adotado em Portugal era aplicado no Brasil”. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. Editora Impetus, 10ª Ed. Rio de Janeiro. 2008.p.22.

⁶⁰ SALLA, Fernando de. ob. cit. pp. 120 a 125.

⁶¹ Sobre o surgimento do Código Criminal de 1830: “Cumprindo o disposto no artigo 179, inciso XVIII da Constituição, foi aprovado em fins do ano de 1830 o Código Criminal, influenciado pelo Código da Baviera (1813), pelo Código Francês (1810), pelo projeto de Melo Freire e pelo de Livingston para Louisiana(1825). Do produto dos trabalhos de Clemente Pereira e de Bernardo Pereira de Vasconcelos resultou o Código de 1830.” AMARAL, Cláudio do Prado. ob. cit. p. 32.

⁶² As Ordenações constituíram-se como a principal coleção de normas inicializadoras dos preceitos jurídicos portugueses, que representavam as “leis” penais nos Reinados portugueses e se estendiam para as determinações nas colônias de exploração. Sobre isso, ressalta-se: “Em Portugal, as Ordenações do Reino constituem-se como o principal repositório normativo em que o direito penal é recolhido. A Versão filipina (1603), que entra pelo século XIX adentro como direito vigente, coberta pelo direito extravagante, mantém muito do essencial que se encontrava nas anteriores Ordenações, com largas referências a aplicação da pena de morte, penas patrimoniais, penas corporais, penas corporais e penas infamantes, para além da prisão. A determinação da pena e das condições da sua aplicação variam, contudo, de acordo com necessidades pragmáticas e circunstâncias específicas – como a evolução, por exemplo, da pena de degredo entre os séculos XV e XVII demonstrada pelos seus destinos-, sendo distintas também em função do estatuto pessoal do condenado.” ROMÃO, Miguel. ob. cit. p. 87 apud ALBUQUERQUE, Ruy e Martim de Albuquerque (com a colaboração de J. Arthur Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos), História do Direito Português, vol.I, tomo II, e vol. II, Lisboa, 1983. pp. 252 e 253.

⁶³ Sobre o estudo das Ordenações portuguesas vide CORREIA, Eduardo. Estudos sobre a evolução da pena no direito português, vol. I, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LIII. Coimbra, s/d. pp. 32 ss.

⁶⁴ A pena de degredo era um instrumento penal, uma pena de prisão alternativa à prisão em cativeiro português, que se caracterizava pela extradição do indivíduo para as colônias de produção. Sobre esta questão, vejamos: “Esta política secular de afastar criminosos para terras coloniais durou muitos séculos, nomeadamente desde inícios do século XVI até 1932, e era tida como equivalente a uma forma de morte lenta, em clima hostil e num habitat que se tornava, desde logo, como significando uma forma particularmente dura de cárcere, ainda que em liberdade”. DUARTE, José Henrique. ob. cit. pp. 43 e 44.

⁶⁵ Por um longo período de tempo, as torturas físicas e psíquicas foram normas legitimadas dentro do ordenamento jurídico português e brasileiro. Sobre a tortura, observa-se como era estipulada: “*La tortura era de dos tipos, la <<ordinaria>>, destinada a obtener la confesión del crimen, y la <<extraordinaria>>, que se administraba antes de la ejecución de la pena capital com el fin de que el reo denunciara a sus cómplices.*” BECCARIA, Cesare. *De Los Delitos y de Las Penas*. Alianza Editorial, S.A. Madrid. 1996. p 10.

Assim, em meados do século XVIII, começam a nascer efetivamente as ideias sobre os primeiros estabelecimentos prisionais no Brasil. Seguindo o contexto histórico e avançando, constatamos que, à época, o Brasil alcançou a sua independência, o que resultou, concomitantemente, na criação da primeira Constituição Brasileira, no ano de 1824.

Neste momento de muitas mudanças históricas, podemos observar os primeiros momentos de reforma no sistema punitivo brasileiro. No âmbito das prisões, determinou-se que as cadeias deveriam ser construídas de forma a que proporcionassem a segurança da sociedade (afastando qualquer hipótese do preso ameaçar a segurança comum fora do cárcere).

A prisão brasileira deveria ser constituída por diversos blocos em sua estrutura física, para a devida separação dos réus e passou-se a considerar, também, além de uma ínfima estrutura carcerária, uma situação diferenciada para cada apenado, conforme a natureza dos seus crimes, mesmo que minimamente.⁶⁶

Neste sentido, acompanhando a evolução do tempo disposta, como demonstra Fernando Salla⁶⁷, em 1830, surge à criação do Código Criminal do Império, a primeira legislação voltada diretamente para prisão como pena no Brasil. O diploma legal, apesar de receber reações negativas ao seu “liberalismo”, foi uma legislação de suma importância à época, pois inspirou a elaboração de outras legislações penais, como o Código da Espanha os Códigos Criminais latino-americanos de língua castelhana.⁶⁸

O Código de 1830 foi também, um instrumento totalmente importante, pois a prisão como pena é finalmente posta no Brasil com disposição de normas brasileiras (mesmo que ainda importasse alguns exemplos normativos de Portugal) e, se admitia em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho, podendo ambas ser adquiridas em caráter perpétuo.

Com a admissão do novo Código Criminal, vislumbra-se que a pena de prisão no Brasil passa a ter um papel predominante no rol das penas, mesmo que ainda se mantivessem as penas de morte e de galés⁶⁹. As disposições normativas do referido código eram, ainda,

⁶⁶ Salla, Fernando. ob. cit. p. 151

⁶⁷ Salla, Fernando. ob. cit. p. 152.

⁶⁸ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito penal. 7ª. Ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 180.

⁶⁹ As disposições críticas sobre a drástica imposição da pena de prisão de gales: “*La pena de galeras fue frecuente durante largo tempo, y un historiador del derecho penal nos disse al respectp: << Es difícil imaginar,*

muito drásticas, mas já se considerava um certo avanço, pois o Brasil se desprendia assim das Ordenações portuguesas que dominaram durante séculos.

Quanto à estrutura física, os calabouços no Brasil eram precários e não correspondiam às novas exigências. Assim, quedou-se necessária a criação de medidas paliativas com o objetivo de melhorar os ergástulos para transformá-los em casas de detenção mais adequadas às recentes normas. Dentre os esforços para alcançar tal finalidade, nota-se que antes mesmo da promulgação do Código Penal do Império, o artigo 56 da Lei Imperial de 1 de outubro de 1828⁷⁰ criou uma comissão destinada a observar todas as prisões e a determinar relatórios para as melhorias que deveriam ser levadas a cabo no sistema prisional da época.

Neste ínterim, as comissões criadas, que visitavam as prisões, produziram relatórios de suma importância para a questão prisional do Brasil, pretendendo trazer ao cenário a realidade penitenciária lastimável desses estabelecimentos e as necessárias modificações que deveriam ser feitas. Ressalta-se que o primeiro relatório das situações prisionais efetuado pela comissão formada aconteceu no contexto prisional da cidade de São Paulo/Brasil, posto à disposição em 1829.⁷¹

Neste sentido, o primeiro relatório do sistema prisional brasileiro já apresentava e demonstrava muitos problemas que ainda hoje existem. A falta de espaço para os presos, a mistura entre condenados e aqueles que ainda aguardavam julgamento, a insalubridade e a não observância do mínimo respeitável quanto à dignidade da pessoa humana eram realidades visíveis.

Assim, os estudos foram efetuados e evidenciou-se a averiguação e a opinião da comissão, no relatório prisional de 1829, sobre as situações das penitenciárias em São Paulo, que descreveu um ambiente prisional pouco habitável, insalubre e deficiente. Dispôs, ainda,

incluso cuando se consultan los documentos originales más seguros, em que consistían esos lugares de desolación y de sufrimientos físicos y morales, donde no se toleraba ni la pereza, ni la fatiga, ni el argotamiento, ni la enfermedad. Se queria dudar de los hombres bayan podido inflingir a otros hombres um tratamento tan bárbaro.>>” BECCARIA, Cesare. ob. cit. p. 9.

⁷⁰ Art. 56. “Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão à visita das prisões civis, militares, e eclesiásticas, dos cárceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos públicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam.” BRASIL, Lei Imperial de 1º de outubro de 1828.

⁷¹ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 49.

sobre a falta de assistência médica destinada aos presos que sofriam de todos os tipos de doenças por falta de água e acumulação de lixo na prisão, ou seja, uma situação carcerária desprezível, na qual os homens presos estavam largados à sua própria sorte.⁷²

A situação continuou precária, pois os relatórios dos anos seguintes apresentam uma realidade similar à inicial anterior. Neste sentido, surgiram consistentes críticas quanto à precariedade dos estabelecimentos prisionais, constatando-se ofensa clara à Constituição de 1824, que trazia em seus preceitos fundamentais algumas disposições normativas que previam que as instituições prisionais deveriam ser limpas, seguras e bem arejadas, devendo respeitar, ao mínimo comum, a subsistência da pessoa humana encarcerada.⁷³,

No mais, com o passar dos anos, considera-se que a situação prisional não registou muitas mudanças. Apesar das movimentações relatoriais sobre as péssimas condições prisionais brasileiras, o Estado quedou-se inerte e não tomou as devidas providências.

Em meados do século XIX, se inicia, no Brasil, o debate mais incisivo sobre os sistemas penitenciários, influenciados pelos exemplos europeus e norte-americanos.⁷⁴ Assim, uma onda revolucionária atinge o Brasil e passa-se a considerar, como exemplo para o cárcere brasileiro, o Sistema da Filadélfia⁷⁵ e o Sistema de Auburn⁷⁶, pois já se pretendia inaugurar as Casas de Correção nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, em 1850 e 1852, respetivamente.

Assim, no Brasil, neste período, os referidos novos estabelecimentos prisionais sofreram influências diretas do estilo prisional “O Panóptico de Jeremy Bentham”, mas quanto à estrutura física e procedimental de sistema, para a formalização das casas de correção, foi, sobretudo, escolhido o Sistema de Auburn⁷⁷, considerando assim, que após a

⁷² A comissão fiscalizadora da situação carcerária no estado de São Paulo, no primeiro relatório sobre o cárcere brasileiro em 1829, dispôs em conclusões: “Ao descrever o sórdido ambiente, imundo e cheio de fumaça, deixa-se claro que os presos faziam pequenos objetos (pentes, colheres) com chifres de boi. Assistência médica precária, alimentação ruim e pouca, mistura de presos condenados e não condenados, falta de água, acúmulo de lixo fizeram a comissão concluir que tal era “*o miserável estado da Cadea capas de revoltar ao espírito menos philantropo*”. SALLA, Fernando, pp. 49.

⁷³ SALLA, Fernando, pp. 56 a 60.

⁷⁴ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 180.

⁷⁵ Sobre o Sistema da Filadelfia, regime filadelfiano ou pensilvaniano vide DUARTE, José Henrique. ob. cit. p.36.

⁷⁶ Sobre o Regime Auburniano vide DUARTE, José Henrique. ob. cit. p. 36 a 37.

⁷⁷ Assim, vale ressaltar o ensinamento sobre o Modelo de Auburn: “O modelo auburniano tributa suas esperanças de regeneração no trabalho fora da cela, duro e sob silêncio. (...) há uma conceção aqui de que o

devida inauguração das casas, houve a implementação de oficinas de trabalho, pátios arredondados, celas individuais e a implementação do silêncio absoluto para os apenados.⁷⁸

Neste sentido, as novas Casas de Correção em S.P, quando começaram a funcionar, apresentavam um quadro diferente da situação das outras prisões pelo Brasil. No entanto, o Estado não providenciou as devidas mudanças nos outros cárceres e, assim, as outras prisões pelo país se mantiveram na realidade anterior, apresentando o mesmo padrão violento e dispondo de ambientes impróprios, miseráveis e insalubres.

Deste modo, dispõe-se que as duas novas Casas de Correção brasileiras obtiveram êxito como um sistema único, mas deve-se atentar, ainda, que a outra parte do sistema prisional não foi alcançada e continuou na mesma situação precária e miserável. Constatou-se, assim, que o exemplo “melhorado” das novas Casas de Correção brasileiras, também, não o foi suficiente para que fossem levadas a cabo as necessárias mudanças no panorama das outras prisões no Brasil.⁷⁹

Em continuidade, observa-se que, em 1870, começam as críticas à Casa de Correção de São Paulo e do Rio de Janeiro, no contexto brasileiro, como consequência do surgimento de novos parâmetros prisionais e de observações negativas do sistema de Auburn que era adotado, à época, como exemplo em vários locais do mundo.

Neste sentido, nos ensina Fernando Salla, que até então, no Brasil, um país marcado pela escravidão e pelas penas de prisão desumanas, o sistema de Auburn se encaixava excelentemente no contexto social e histórico vivenciado, pois se adequava ao objetivo pretendido, na época, sobre a concepção de encarceramento. No entanto, com a decadência do referido regime e as efetivas críticas pelo mundo, as casas de detenção claudicaram e necessitavam-se de novas mudanças.⁸⁰

crime é o avesso do mundo do trabalho. É pensado como a consequência de um alheamento do indivíduo das virtudes que o trabalho proporciona. Ócio e vícios de toda sorte o predisõem ao crime. Para os defensores do modelo Auburn, a regeneração, assim, é menos a consequência de uma conversão da alma que brota da meditação [Sistema da Filadélfia] e mais o resultado de um condicionamento do corpo promovido pelo trabalho na prisão”. SALLA, Fernando. ob. cit.p.111

⁷⁸ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 192.

⁷⁹ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 56.

⁸⁰ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 111.

Assim, em seguida, com o advento do novo Código Penal, Decreto n.º 847 de 11 de outubro de 1890⁸¹, houve uma outra nova revitalização das regras voltada à normatização penal brasileira. Primeiramente, podemos observar que o novo código criminal aboliu as penas de morte, penas perpétuas, os açoites e as galés. Percebe-se, também, ainda, que o Título V do decreto supracitado trouxera para a realidade brasileira um avanço quanto às penas de prisão.

Observando a nova estrutura do código de 1890, tem-se que a sua base prisional assume claramente o exemplo do Sistema Progressista Irlandês. Notadamente, pela proposição da gradação de pena do regime prisional fechado, passando pela colônia agrícola até ao regime aberto como exposto no artigo n.º 50 do Código Penal.

Neste ínterim, a promulgação do Código Criminal de 1830 vislumbrou uma realidade prisional totalmente caótica que não correspondia às novas exigências normativas, além de manter, ainda, formalmente os preceitos das Ordenações Portuguesas⁸². De fato, vivia-se uma situação de enorme escassez de estabelecimentos próprios para o cumprimento das novas penas estipuladas, por motivos óbvios, uma vez que a lei supracitada se atualizou e o aparelhamento físico das penitenciárias ficou parado no tempo e no espaço.

A realidade prisional brasileira, nesta época, estava falida, miserável e mais precária ainda do que nos tempos hodiernos. O novo Código de 1890 se deparou com vários desafios para a sua devida aplicabilidade, pois a realidade carcerária era um grande problema generalizado por todo o Brasil.

O advento da lei supracitada trouxe para o cenário brasileiro a possibilidade da prisão celular combinada com o trabalho, mas percebeu-se que não existiam estabelecimentos

⁸¹ Decreto número 847 de 1980 que promulgou o Código Penal disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>.

⁸² Neste sentido, Cláudio de Prado Amaral ressalta os ensinamentos de Schecaria e Corrêia Junior no seguinte sentido: “a evolução burguesa e a nova maneira de se encarar a sanção penal na Europa, como era de se esperar, influenciaram alguns juristas brasileiros, sem no entanto, serem suficientes para alterar a legislação penal nacional. Com a independência e o advento do Império, houve a ratificação das Ordenações, malgrado os ecos, ainda presentes, das teorias liberais deflagradas com a Revolução Francesa e a Independência das 13 colônias inglesas. AMARAL, Cláudio de Padro. A História da Pena de Prisão. Jundiaí. Paco Editorial. 2016. p. 87 apud SCHARIA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. Pena e constituição; aspetos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo. RT, 1995. p.20.

prisões que permitissem a efetivação desta nova norma legal. A superlotação, o déficit de vagas e a insalubridade impediam o alinhamento da prisão com o trabalho.⁸³

Na tentativa de melhorar o caos existente no sistema penitenciário brasileiro, o Estado começou a se mobilizar e perceber os acontecimentos dentro das prisões. Neste sentido, observou-se, na época, que não havia uma conexão entre o que estava disposto no código e o que acontecia na realidade prisional, uma vez que as acomodações das prisões no Brasil não correspondiam às exigências da nova lei e, assim, não podiam proporcionar ao preso os novos direitos e garantias.⁸⁴

No final do século XIX, o problema penitenciário brasileiro era ainda mais urgente e evidente. Desta forma, observou-se a expressa necessidade de se providenciar severas mudanças no que dizia respeito à organização e à estrutura das prisões no Brasil. Assim, o mundo passou a observar os princípios revolucionários franceses, sobre a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Mediante os reflexos da Revolução Francesa, nasce uma nova vertente de pensamentos e de correntes doutrinárias, principalmente sobre a humanização das penas, que influenciaram, também, os debates no Brasil.

O novo entendimento mundial e o olhar revolucionário em relação à humanização das penas trouxeram a necessidade de combater o caos existente. Iniciou-se, assim, um movimento para a modernização de todo o sistema penitenciário brasileiro, não só dos

⁸³ Sobre a realidade da superlotação prisional a época: “Existia um grande abismo entre o que era previsto em lei com a realidade carcerária. No ano de 1906, por exemplo, foram condenados 976 presos no estado de São Paulo à prisão celular, mas existiam apenas 160 vagas, portanto 816 presos (90,3%) cumpriam pena em condições diversas àquela prevista no Código Penal vigente.” SANTIS, Bruno Morais Di Santis e ENGBRUCH, Werner. A Evolução Histórica do Sistema do Sistema. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. Revista Liberdades, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 11, setembro/dezembro de 2012. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HISTORIA>.

⁸⁴ Observa-se que nem nos tempos passados e nem na atualidade, a realidade prisional corresponde efetivamente às teorias doutrinárias e à legislação penal. Existe uma linha tênue entre a prática e a teoria no direito penal. Deve-se avançar buscando soluções para que se tenha, tanto no Brasil como em Portugal, mudanças efetivas para que a realidade prisional se iguale a teoria. Sobre esta questão importante, Cláudia Cruz Santos faz referência a Jesus-María Silva Sanches explicando: “a partir de uma reflexão sobretudo centrada na doutrina germânica, distingue, porém, uma “política criminal ilustrada” ou “científica” de uma “política criminal real” e acrescenta “a primeira estaria comprometida com a observância dos direitos humanos e as exigências do Estado de Direito (...). A segunda, pelo contrário, ter-se-ia libertado de tais cadeias para iniciar uma cruzada contra o mal”. SANTOS, Cláudia Cruz. ob. cit. p. 503 apud SILVA SANCHES, Jesus-María (in “Retos científicos y restos políticos de la ciencia del Derecho Penal”, *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio del siglo, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coord. Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, ps. 35 a 36.

estabelecimentos carcerários, mas também, no que dizia respeito às leis e à criação de várias instituições que comporiam uma rede de prevenção, de repressão e de combate ao crime.

Surge uma nova visão para a interpretação da questão penitenciária e em relação à visão do homem encarcerado no Brasil, que assumia características mais humanitárias voltadas aos Direitos Humanos. O grande propulsor do novo projeto para as penitenciárias brasileiras foi, neste período, o Senador Paulo Egydo, nascido em São Paulo. Surge, então, a primeira grande proposta para um projeto que modificaria todo o sistema penitenciário estadual e, posteriormente, visava modificar as prisões todo o país.⁸⁵

O projeto considerava que os condenados com pena de prisão celular por um tempo menor de oito anos cumpriam a detenção nas prisões do interior. No caso de penas maiores do que oito anos, cumpriam a pena nas prisões da capital.

Assim, o novo projeto brasileiro também propunha a criação de um órgão fiscalizador dos presídios estaduais e um órgão protetor dos interesses dos apenados, conhecido como Sociedade Protetora dos Condenados, que seria uma espécie de atendimento e ouvidoria para as reclamações dos presos e que tinha como propósito principal acompanhar o cumprimento da pena destes e prestar auxílio aos familiares. No entanto, o projeto que apresentava as primeiras observâncias quanto aos princípios dos Direitos Humanos baseados na dignidade da pessoa humana, foi considerado caríssimo, pois o Brasil não tinha infraestrutura prisional e, por isso, não foi aprovado.⁸⁶

Desde que o Código Penal de 1890 entrara em vigor, percebia-se a necessidade de readequação do sistema penitenciário para reformular o cumprimento das penas de prisão, considerando a chegada de novos pensamentos e a mudança que a finalidade da pena de prisão assumiu no mundo contemporâneo. No entanto, as mudanças propostas ficaram apenas na ideia e na letra da lei, novamente: o Estado justificava a impossibilidade de mudanças na má situação financeira e quedou-se inerte durante anos.

⁸⁵ A prévia a construção, ou adaptação quando já existentes, de casas de prisão preventiva em cada uma das circunscrições judiciárias em que se dividia o estado, criação de novos cargos para a administração penitenciária, criação de prisões no interior. SANTIS, Bruno Moraes Di Santis e ENGBRUCH, Werner. A Evolução Histórica do Sistema do Sistema. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. Revista Liberdades, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 11, setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HISTORIA>. Acesso em: 13.05.2017.

⁸⁶ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 150-168

Neste sentido, observa-se que é apenas no ano de 1905 que surge uma proposta de uma nova lei para que houvesse, efetivamente, a obrigação de substituição das antigas estruturas penitenciária e, como consequência, que se exigisse a construção de novos estabelecimentos carcerários. Visava-se atingir uma melhor estrutura para o sistema penitenciário no Brasil, que ao menos respeitasse minimamente a vida do apenado, desconstruindo a ideia de prisão como um sinônimo de tortura.⁸⁷

O novo modelo de penitenciária, denominado de Penitenciária do Estado, em seu projeto original, proposto por Samuel das Neves, possuía enquanto estrutura, 1200 vagas. A ideia principal da nova estrutura carcerária continha oficinas de trabalho, celas de tamanho mais adequado, com uma boa ventilação e possível iluminação, tentando combater-se, assim, o conceito de prisão masmorra.⁸⁸

Então, a denominada Penitenciária do Estado foi devidamente inaugurada em 1920, recebida com o clamor da população, mesmo não estando completamente concluída e adequada para receber os presos.⁸⁹

Em 7 de dezembro de 1940, foi promulgado o novo Código Penal Brasileiro, com o advento do Decreto-Lei N.º 2.848. As novas regras e normas penais promoveram várias modificações nos estabelecimentos prisionais, tendo em vista o respeito mínimo pela dignidade da pessoa humana, apesar de se perceber que até os tempos hodiernos os atos claudicaram. Depois, seguiram-se várias emendas e modificações necessárias que trouxeram a necessidade do processo penal, e alcançou-se assim o Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, que é o atual Código de Processo Penal Brasileiro.

Em Portugal, para além das Ordenações Portuguesas⁹⁰, que foram durante séculos a normatização penal utilizada pelos monarcas puros⁹¹ para aplicação de penas aos homens

⁸⁷ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 167.

⁸⁸ SANTIS, Bruno Morais Di Santis e ENGBRUCH, Werner. A Evolução Histórica do Sistema do Sistema. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. Revista Liberdades, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 11, setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HISTORIA>. Acesso em: 07.04.2017.

⁸⁹ SALLA, Fernando. ob. cit. p. 223.

⁹⁰ MALTEZ, José Adelino. História das Instituições (Instituições criminais antigas). Lisboa. 1980. pp. 282-287.

⁹¹ Os estados monárquicos apresentavam a ideia de existência de lei voltada à decisão pura, na qual o monarca entendia ser necessária e o juiz precisava segui-la a toda ordem. No caso em que o monarca não entendia “ser”, o juiz não tinha poder para concluir “ser” devendo procurar o seu espírito. MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. Livro XI, Capítulo VI. Coleção Os Pensadores. São Paulo. Victor Civita. 1979. p. 149.

delinquentes (tempos estes marcados por definições de penas cruéis e desumanas) têm-se que o marco histórico importante para começar a se reportar a prisão como pena é o ano de 1820.

No entanto, considera-se que a Revolução Liberal Portuguesa, em parte inspirada e impulsionada pela Revolução Francesa, que trazia por sua vez a Declaração dos Direitos do Homem⁹², à época, trouxe ao cenário português a exigência de uma nova legalidade que foi disposta no primeiro código penal, em 1791.⁹³ Este diploma legal fora, também, influenciado pelo direito penal e processual inglês, pelo constitucionalismo norte-americano e, ainda, pelo utilitarismo benthaniano.⁹⁴

A chegada do pensamento revolucionário e a valorização dos ideais liberais pela Europa, e conseqüentemente em Portugal, trouxe ao ordenamento jurídico português a necessidade de romper com os valores do *Ancien Régime*. Assim, temos que o Direito Penal português recebeu influências diretas de Beccaria⁹⁵ e Bentham⁹⁶, principalmente em relação à reforma do sistema punitivo, introduzindo, assim, a progressiva ideia de penas mais humanitárias.

Neste sentido, como o Brasil, Portugal também recebeu influências diretas dos novos modelos prisionais no mundo, neste período, utilizando de forma conciliatória os modelos da Filadélfia e de Auburn⁹⁷, sendo integrado pelo *Silent System* que se consubstanciava no isolamento noturno, com trabalho diurno em comum e na obediência da regra geral do absoluto silêncio.⁹⁸ No entanto, embora as políticas prisionais tenham começado a ser mais intensamente discutidas em Portugal nos primeiros anos pós-Revolução Liberal, a mudança em efetivo da prisão como pena tardou a se concretizar no país, por vários motivos.

⁹² Sobre a questão vejamos o ensinamento: “Ao tempo da revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão vem necessariamente cobrir o direito penal e a justiça criminal, como oportunidade também de dar a dimensão positiva devida as ideias que a doutrina ia avançando, exigidas agora pela nova ordem política que se prenunciava.” ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. p.123.

⁹³ Sobre as sucessões dos códigos criminais em Portugal: “Que será depois substituído pelo Código napoleônico de 1810 (mantido até 1994), acompanhado do Código de Instrução Criminal de 1808 (em vigor até 1985), tendo sido o diploma de 1791 “demasiado beccariano”, na expressão de Renée Martinage.” ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit p. 124 nota de rodapé apud MARTINAGE, Renée. *Historie du droit penal em Europa*. PUF. Paris. 1998 p. 76.

⁹⁴ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. p. 124.

⁹⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Livraria Almedina. Coimbra. 1968. p. 84.

⁹⁶ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 125 op. cit. BENTHAM, Jeremy. *Principles of Penal Law, in “The Works of Jeremy Bentham/ published under the superintendence of his executor, Jonh Bowring, 11 vols., W. Tait. Edimburgo, 1843.*

⁹⁷ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 172.

⁹⁸ CORREIA, Eduardo. ob. cit. 116.

A justificativa motivacional mais relevante para que esta necessária mudança não ocorresse de modo imediato foi, tal como no Brasil, a falta de recursos econômicos e a instabilidade política que não proporcionavam oportunidades adequadas para se financiar uma mudança completa no cenário do sistema penitenciário português.⁹⁹

Alguns países na Europa e os Estados Unidos da América apresentavam incisivamente novas mudanças em seus modelos prisionais, amparadas pelo reformismo liberal, mas Portugal não recebeu, de imediato, tão bem a questão das novas ideias da reforma penitenciária que se espalhava pelo mundo, nesta época. Contudo, apesar de não ter aderido em linhas retas ao reformismo, Portugal não fechou os olhos ao progresso mundial.¹⁰⁰

Outro motivo relevante para Portugal não acompanhar diretamente as reformas penitenciárias na época, foi à inconstância de ideias sobre os novos ideais e sobre a verdadeira validade efetiva do modelo prisional de execução de penas, tendo estes aspetos representado uma contribuição determinante para que o país procurasse desenvolver seu próprio modelo punitivo. Assim, Portugal optou por desenvolver um modelo prisional baseado em suas realidades, necessidades e experiências internas, observando, claramente, mesmo que minimamente, o avanço no mundo penitenciário sobre a questão.

Neste sentido, Portugal ensaiou longos processos de evolução no cumprimento da pena de prisão e suas especificações, assim como acontecera no Brasil. Ao longo do tempo, a pena de prisão sob a pressão dos estudiosos do direito penal em Portugal trouxe a necessidade de se olhar para função corretiva a ser aplicada ao aprisionado¹⁰¹ e, como expõe Anabela Miranda Rodrigues: “foi a preocupação com a finalidade <<correctiva>> da pena de prisão que levou Francisco d’Almeida, logo em 1834, escrever as Breves Considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões em Portugal.”¹⁰²

Por exemplo, um passo que deve ser mencionado foi o do advento do trabalho dentro do cárcere. Embora tenha sido, inicialmente, concebido como uma forma punitiva, sendo arbitrado com o objetivo de causar o sofrimento físico e justificando-se por um discurso

⁹⁹ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 48.

¹⁰⁰ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 49.

¹⁰¹ SANTOS, Maria José Moutinho dos. A Sombra e a Luz. As prisões do liberalismo. Afrontamento. 1999, p. 31 s.

¹⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p 11.

essencialmente disciplinar, resultou, ainda assim, num pensamento educacional como função da prisão como pena, onde se percebe a necessidade de fazer o encarcerado ser um ser útil.¹⁰³

O Código Criminal de 1852¹⁰⁴ foi inspirado nos códigos penais da França (1810), Espanha (1848), Brasil (1830), Áustria (1803) e Nápoles (1819)¹⁰⁵ e trouxe a possibilidade de trabalho prisional que, à época, ainda era classificado como um modo agravado de cumprir a pena de prisão.¹⁰⁶ Depois, surgiu a reforma penal portuguesa, em 1867, onde o trabalho passaria a ser visto como conteúdo direto e comum inserido na pena e no tempo de permanência do indivíduo na nova prisão, visando, assim, promover um sentido moralizador e educativo na vida do aprisionado.¹⁰⁷

Em seguimento, entre 1896 e 1920, o trabalho continuou a ser obrigatório nos cárceres em Portugal. O direito português afirmou, a época, que todos os encarcerados que comessem a cumprir a pena de prisão, em qualquer circunstancia, devessem trabalhar e produzir. Assim, o trabalho continua sendo um acessório da pena de prisão, visando “melhorar” o encarcerado.

O trabalho permaneceu no ordenamento jurídico português como uma obrigação acessória do cumprimento da pena de prisão, também, na reforma de 1936¹⁰⁸, com a justificativa de atingir a finalidade preventiva e correcional do preso.

De igual forma, na pena de degredo (que permaneceu sendo aplicada como pena pelos tribunais durante séculos)¹⁰⁹, estipulou também, além do afastamento, a exigência de trabalho aos condenados. Assim, tem-se que os condenados eram obrigados a trabalhar em prol da colonização, e a exigência laboral era uma mistura entre a sanção penal e a busca pelo elemento da regeneração do preso.

¹⁰³ DUARTE, Luís Miguel. *Justiça e criminalidade no Portugal Medievo (1459-1481)*. Dissertação de Doutoramento em História da Idade Média apresentada à faculdade de Letras da Universidade do Porto, I, Porto, 1993. pp. 540 a 542.

¹⁰⁴ Sobre o Código Penal Português de 1852 vide COSTA, Mário Júlio de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel Figueiredo Marcos), *História do Direito Português*. 5ª edição. Livraria Almedina. Coimbra. 2012, pp. 472 a 478.

¹⁰⁵ ROMÃO, Miguel. ob. cit. 408 e sobre o Código Penal da França de 1810 apud CARBASSE, V. Jean-Marie. *Historie du droit pénal et la justice criminelle*. PUF. Paris. 2000 cit., pp.395 ss. e MARTINAGE, Renée. *Historie du droit penal em Europe*. PUF. Paris. 1998. p. 76 ss.

¹⁰⁶ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 471.

¹⁰⁷ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 501.

¹⁰⁸ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 143.

¹⁰⁹ ROMÃO, Miguel Lopes. ob. cit. 503 e sobre a pena de degredo vide DUARTE, José Henrique. ob. cit. p.43 a 44.

Assim como aconteceu com o Brasil, Portugal também trilhou uma longa trajetória relacionada com a prisão como pena até aprimorar os ideais contemporâneos do mundo moderno. O Código Penal e Processual Penal Português atuais trazem para a sociedade portuguesa do século XXI prerrogativas da prisão como penas consubstanciadas nas finalidades da execução da pena (preventiva, retributiva e ressocializadora), mudando o cenário que arrastou os longos tempos sombrios da prisão como pena em Portugal, e objetivam cumprir esforços para adequação do sistema prisional atual às leis dos tempos hodiernos.

2.3 A BREVISSÍMA ANÁLISE DA INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL E EM PORTUGAL NO SÉCULO XXI

Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do século XX, nasce a grande luta pela efetivação dos Direitos Humanos e os ideais revolucionários europeus promovem novas necessidades de concepções de prisão como pena. Ocorre que houve a grande questão de avanço sobre o vasto progresso científico que, conseqüentemente, arrastou o sistema prisional para significativas mudanças, pois o mesmo deveria se adequar às novas exigências do mundo moderno/contemporâneo.¹¹⁰

Assim, faz-se agora uma brevíssima análise crítica em relação à situação atual das prisões, nos tempos hodiernos, no Brasil e em Portugal. A realidade do sistema prisional nos dois referidos países é, ainda hoje, caracterizada por uma realidade pouco favorável a concretização das finalidades da pena. Os dois países apresentam cárceres eivados em erros pela superlotação, insalubridade, péssimas condições estruturais e, ainda, revela por consequência da questão alto índice de reincidência criminal pós-cárcere.

Em Portugal, a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais Portuguesa dispôs, a 23 de julho de 2014, que o número de vagas em lotação máxima dos presídios portugueses é/era de 12 280 (capacidades dos estabelecimentos prisionais por todo o país) e havia, na época, um total de 14 445 (lotação em número de reclusos) reclusos nos estabelecimentos penais até 14 de julho de 2014.¹¹¹

¹¹⁰ DUARTE. José Henrique. ob. cit. 44.

¹¹¹ Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais - Estatísticas Prisionais, lotação [Em linha]. Disponível em: < <http://www.dgsp.mj.pt/>>. Acesso em: 03.05.2017.

Neste íterim, percebe-se a problemática da superlotação nos presídios portugueses e, com a exposição dessa situação, entra-se em contato com a existência de várias dificuldades a serem enfrentadas. A última reforma do sistema penitenciário português deu ensejo à jurisdicionalização da execução das penas e à regulamentação das medidas de segurança, estando dispostas na Lei n.º 115/2009 que aprovou o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade.

No entanto, percebe-se que, desde 2009, as tentativas para se alcançar um sistema penitenciário de excelência se desenvolvem ainda a passos lentos. O CEP estabeleceu como princípios norteadores, nas palavras Maria Campos: “a congregação e esclarecimento das competências do sistema prisional português, a explanação dos direitos, deveres e garantias que os reclusos estão sujeitos, o reforço da necessidade de proteção da vítima (...), definição mais clara dos regimes de execução da pena e uma maior preocupação com a prevenção de reincidência”.¹¹²

Além disso, o CEP também traz a concepção de adequação da ressocialização em primeiro plano e, assim, prima por um sistema de tratamento individualizado destinado a cada recluso. Neste sentido, objetiva-se assim, a percepção de alcançar um olhar mais adequado para cada encarcerado, visando à possibilidade de reabilitação social direta na qualidade de indivíduo único e diferenciado.¹¹³

No entanto, a realidade prisional em Portugal não se adequou exatamente ao disposto em linhas retas no CEP e, assim, o que se percebe nos dias de hoje é que não colabora para efetivação de todos os objetivos finais da execução da pena e nem mesmo, o que fora exatamente disposto no código legal supracitado. Acontece que a realidade do prisional se distancia das normas penais.

Assim como o Brasil, Portugal enfrenta problemas sórdidos no atual sistema carcerário que o impedem de alcançar a efetiva função especial da pena, a ressocialização. Prisões superlotadas, insalubres e que utilizam medidas de segurança autoritárias não

¹¹² CAMPOS, Sandra Maria Cardita Silveirinha Campos. Sistemas Prisionais Europeus. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2015. p. 73-74.

¹¹³ O CEP objetivou a individualização e uma visão incisiva sobre a ressocialização, senão vejamos no n.º 1 do artigo 5.º da lei 115/2009: “A execução das penas e medidas privativas da liberdade orienta-se pelo princípio da individualização do tratamento prisional e tem por base a avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso.”

impedem a reincidência criminal e não contribuem para a reabilitação do encarcerado, aumentando o problema da criminalidade dentro e fora do cárcere.

No Brasil, os problemas no sistema carcerário são os mesmos, quiçá piores, pela quantidade da população carcerária exorbitante perto dos números de vagas existentes no sistema prisional. Dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional Brasileiro, em 2012, acusavam o número de 548 003 presos, diante de 318 739 vagas disponíveis. A taxa de superlotação do sistema carcerário chegou ao patamar de 171,9%, afirmando a crise decadencial caótica do sistema penitenciário brasileiro.¹¹⁴

Qual a possibilidade de efetivar a finalidade ressocializadora da execução da pena em um ambiente carcerário superlotado, insalubre, desumano e que não oportuniza quaisquer condições de sobrevivência? No Brasil, a disparidade do que se tem disposto na Lei de Execução Penal¹¹⁵ e a realidade prisional falida é imensurável.

A impossibilidade de proporcionar uma vida minimamente decente (que observe no mínimo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana) para os presos no Brasil coincide com a realidade da superlotação prisional. Não há como realizar qualquer projeto que vise a reabilitação social e o tratamento individualizado do preso, sem que, antes, haja uma efetiva reforma nos estabelecimentos prisionais.

Muitas providências devem ser tomadas para combater a situação drástica do sistema prisional no Brasil e, não somente na letra da lei. Como nos ensinamentos de Rodrigo Duque Estrada Roig:

É evidente que uma só medida não é capaz de conter o rápido crescimento da superlotação carcerária, sendo simultaneamente imperiosos o florescimento das alternativas penais (mediação, conciliação, justiça restaurativa, novas medidas cautelares), a motivação de promotores e juízes ao recurso mais amplo possível a sanções e medidas alternativas à prisão, a despenalização de alguns tipos de delito ou mesmo sua requalificação (evitando que resultem na aplicação de penas privativas de liberdade), a revisão da política emergencialista e simbólica de criação de novos tipos e cominação das penas, a desmistificação do alarme social (e midiático) como instrumento de política criminal, a maior difusão do princípio da oportunidade da ação penal etc. Não descurando da importância desses

¹¹⁴ Dados disponíveis em: http://www.justica.gov.br/Acesso/participacao-social/subpaginas_consultas-publicas/departamento-penitenciario-nacional-depen. Acesso e 02.05.2017.

¹¹⁵ Lei de Execução Penal n.º 7.210 de 11 de julho de 1984.

fatores para a contenção da superlotação, um instrumento merece especial destaque, sobretudo por nunca ter sido experimentado, como princípio ou sistema, por nossas autoridades: o *numerus clausus* (ou número fechado).¹¹⁶

Neste sentido, ao fim e ao cabo, devem-se promover políticas públicas para que ocorram novas reformas penitenciárias efetivas, tanto no Brasil como em Portugal. Para além da letra da lei, o que se espera é a aproximação do sistema carcerário a uma realidade condizente que abarque as finalidades da execução da pena (retributiva, preventiva e ressocializadora) em linhas retas.

A prisão como pena tem definitivamente a obrigação de esquecer os tempos antigos de promoção de tortura e de morte, objetivando a real reabilitação do apripionado para que o mesmo possa ter a oportunidade de recomeçar a vida, além do passado criminoso e, para isso, deve-se combater a superlotação e as condições sub-humanas das prisões, tendo como objetivo impedir a dessocialização e promover a não-dessocialização¹¹⁷ promovida pelo cárcere ainda nos dias de hoje.

¹¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais n.º 15. Janeiro-Abril de 2014. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/191-Artigos. Acesso em 03.02.2017.

¹¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 380. Lisboa, 1988, p.7s.

2ª PARTE

A EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL E EM PORTUGAL, ANÁLISE COMPARATIVA

3. O CONCEITO DA EXECUÇÃO DA PENA

Para o melhor reconhecimento sobre o instituto da prisão e sobre a necessidade de ressocializar a função ressocializadora voltada ao apenado, reconhece-se a importância direta de analisar o instituto da Execução da Pena. Há muito que as ciências criminais não atentam diretamente para a fase executória, pois o Processo Penal e o Direito Penal sempre foram os grandes atores principais a serem discutidos e debatidos pela doutrina. Deve-se voltar o olhar atento para a execução penal, fase pós processual mas tal qual importante para o direito penal e para a criminologia.

No ínterim, percebe-se que a fase executória assume uma importância fundamental no mundo criminológico. As fases penais e as fases processuais penais são o começo do procedimento, mas a execução da pena deve ser entendida e observada, uma vez que é a responsável por objetivos imprescindíveis, como, o de ressocializar aquele indivíduo transgressor do tipo ilícito penal.

Vale lembrar que a privação de liberdade associada ao cumprimento da execução da pena de prisão é realizada e mostrada como o principal instrumento de defesa da sociedade e é, também, usada como objetivo de prevenção na prática de crimes, mesmo que o Direito Penal e Executório devam ser considerados/utilizados como a último *ratio legis*.¹¹⁸

O Direito Penal, que engloba a execução da pena, não pode ser visto como a solução principal para os problemas sociais, devendo ser considerado a última medida a ser seguida dentro do ordenamento jurídico. Apesar de se entender que a execução da pena tem por finalidade a ressocialização fundada na necessidade de reeducar o apenado e de retribuir o mal que o mesmo cometeu, deve-se verificar o regresso deste ao seio social. A execução da pena não pode ser usada como medida principal de aplicação para estancar o crescimento da criminalidade.

¹¹⁸ Artigo 42.º Código Penal Português, Decreto Lei n.º 48 de 1995.

Como leciona Jorge Figueiredo Dias, para a criminalização ser legítima é necessária não só a existência de um bem jurídico dotado de personalidade penal, como é, também, necessário verificar-se uma efetiva necessidade ou uma carência de tutela penal. Deve haver o cometimento do crime e a pura necessidade de penalizar o indivíduo pela conduta transgredida, sendo, então, a criminalização considerada como a última medida em relação à privação de liberdade na execução da pena de um ser humano.¹¹⁹

No entanto, diante da situação social atual, a sentença penal condenatória é a resposta que o Estado pode ofertar quanto à cobrança por parte da sociedade, quando ocorre a transgressão de uma ação considerada e tipificada como crime. Reprimir o agressor é o ato conveniente para saciar o grupo social em resposta à agressão cometida, seja contra o Estado, seja contra a pessoa humana ou contra a coletividade.

Assim, o papel do Estado é evidenciado quando reprime o sentenciado e, provoca dois seguimentos de prevenção, quais sejam; a prevenção geral positiva que está diretamente voltada à confirmação da eficácia do Direito Penal e, também, a prevenção geral negativa voltada a parar o indivíduo que objetivando infringir a norma, conhece as penalizações e não comete o crime, por não querer sofrer as sanções impostas.¹²⁰

Em vistas do exposto, adentra-se em uma breve conceituação do instituto da Execução da Pena. A execução penal é composta por um conjunto de funções jurisdicionais e administrativas de responsabilidades exclusivas do Estado. Dentro do mecanismo penal, após a acusação, o julgamento e a sentença penal condenatória, nasce à necessidade de executar a sanção cominada pelo legislador e determinada pelo juiz voltado ao ser humano transgressor.¹²¹

¹¹⁹ Sobre a questão, é de se considerar que o Direito Penal deve ser entendido como a última solução imposta e aplicada à sociedade. Não se deve entender que a primeira opção é a punição. No mesmo sentido: “a violação de um bem jurídico penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade” Nesta acepção o direito penal constitui, na verdade, a ultima ratio da política social e sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora. 2004, p.121.

¹²⁰ Sobre a prevenção geral positiva e negativa da educação pela execução da pena. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo Penal e Execução Penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição revisada, ampliada e atualizada, 2011, p. 101.

¹²¹ MENDES, Cláudio Júnior. Execução Penal e Direitos Humanos, para provas e concursos. Curitiba, Editora Juruá, 2010, p.25.

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, em Portugal, expõe que o objetivo geral da execução da pena é realizar as determinações da sentença ou da decisão criminal que condenam o acusado de penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa. A execução da pena é a fase pós-sentença condenatória e deve ser promovida pelo Ministério Público.¹²²

Segundo o artigo 469º, 470º e 477º do Código de Processo Penal, em Portugal, a execução das penas e das medidas de segurança privativas de liberdade são de competência do tribunal de condenação da 1ª instância e é determinada nos próprios autos do processo, devendo o Ministério Público português encaminhar uma cópia da sentença ao Tribunal de Execução das Penas que vem, depois, a ser distribuída aos serviços de reinserção social e ao sistema prisional.¹²³

Ainda sobre o conceito da execução da Pena em Portugal, considera-se que após o período de cinco dias do trânsito julgado da sentença condenatória, deve vir a fixação da pena de prisão para a devida efetivação, pela autoridade judiciária competente e pela administração prisional. Durante o cumprimento da pena, a administração penitenciária é responsável pela tutela do apenado devendo prestar colaboração ao juiz das penas.

No Brasil, há ainda uma grande discussão dos doutrinadores sobre a independência do processo de execução da pena. Com o advento da lei de Execuções Penais nº. 7.2010, de 11 de julho de 1984, ficou-se em dúvida em relação à autonomia do processo executório, quanto à descrição, ou seja, se é em um processo condenatório ou se representa uma fase do processo de conhecimento.¹²⁴

Assim, como a grande maioria dos doutrinadores, acredita-se em um processo de execução independente no Brasil, uma vez que o advento da LEP trouxe esta liberdade,

¹²² CARVALHO, Thaína Puga Cardoso Brabo de. Controle Jurisdicional da Execução da Pena de Prisão Direito de Acesso a um Tribunal Pelo Preso. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014. p.14.

¹²³ Artigos 469, 470 e 477 do Código de Processo Penal Português.

¹²⁴ Como explicam Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana, há uma forte discussão quanto à situação processual da execução da pena, pois que alguns autores doutrinadores negam a autonomia do processo de execução, vendo-o como continuação do processo condenatório. Os autores que acreditam na execução da pena como uma continuação do processo de conhecimento são: Giuseppe Sabatini, Conso, Scarano, Aloisi, Carnelutti, Florian, Frosali, Manzini entre outros. GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e BUSANA, Dante (coord.) Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-26.

ficando bem nítida a separação entre o processo de execução e o processo de conhecimento. A autonomia do processo de execução brasileiro é evidente, já que, após o processo de conhecimento e o trânsito em julgado da sentença, estipula-se outro procedimento penal.

Mesmo acreditando na independência da execução da pena e observando a não pacificação da doutrina quanto às divergências no Brasil, observa-se que com a sentença penal condenatória transitada em julgado, encerra-se o processo de conhecimento e forma-se o título executório penal e instaura-se, assim, um novo processo, qual seja o processo de execução de competência da Vara de Execuções Penais.¹²⁵

Assim, neste breve contexto conceitual, no Brasil, segundo o artigo 1º da lei de Execução Penal nº. 7.210 de 11 de julho de 1984, a execução da pena tem por objetivo central efetivar as disposições de sentença ou de decisão criminal, em procedimento de execução penal de competência da Vara de Execuções Penais, e proporcionar condições para uma integração social harmoniosa, ou seja, com o fim de ressocializar o condenado e o internado.¹²⁶

Tal como em Portugal, o Brasil se expressa quanto ao objetivo e ao conceito da pena na execução penal, no sentido de cumprimento da sentença penal condenatória. Os dois países se encontram no que diz respeito à conceituação da execução da pena, que se consubstancia na necessidade de se efetivar a sentença penal condenatória em todos os seus atos.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO DA PENAL

A natureza jurídica da execução da pena é um assunto importante que apresenta imensa complexidade, tanto no ordenamento jurídico em Portugal quanto no Brasil. No

¹²⁵ Sobre o assunto: A competência do juiz da execução penal está prevista no art. 65 da Lei de Execução Penal Brasileira nº 7.210/84 que dispõe: “A execução penal competirá ao juiz indicado na Lei de Organização Judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.” Neste sentido, observa-se que, na regra, a competência é especializada, voltada e atribuída ao juiz da execução penal. Apenas em casos excepcionais, o juiz do processo de conhecimento será o determinado competente. A justiça especializada concentra a execução em juízo específico e traz benefícios, pois garante a uniformidade de tratamento a presos que estejam sujeitos à sua jurisdição, como, por exemplo, os presos de determinando estabelecimento penitenciário. Há, também, maior controle sobre as atividades desenvolvidas pela administração penitenciária e em relação ao comportamento dos apenados.

¹²⁶ Artigo 1º da Lei de Execução Penal nº. 7.210 de 11 de julho de 1984.

entanto, verifica-se a necessidade de apresentar algumas considerações, no presente trabalho, ainda que sejam breves, acerca da vasta questão da natureza jurídica da execução da pena.

Entende-se, primeiramente, que é unânime o reconhecimento efetivo da evolução da execução da pena em relação à jurisdicionalização direta e que o caráter jurisdicional da mesma deve ser admitido. Contudo, a maioria dos doutrinadores portugueses e brasileiros ainda ressaltam uma divisão de tarefas, pois ocorre que na prática e na legislação, existem atividades diversas, que conferem cunho administrativo e jurídico a natureza jurídica da execução da penal.¹²⁷

Assim, observa-se que a execução da pena pode ser declarada de natureza jurídica mesclada ou mista, complexa e diversa, pois há uma multiplicidade de normas jurídicas e administrativas que a regem. Algumas fases da execução da pena são de competência do processo penal e outras pertencem ao direito administrativo e, mais, as decisões judiciais se cruzam com os atos administrativos, que por sua vez, devem colaborar com a justiça.¹²⁸

A exemplo desta questão, sobre a natureza jurídica mista da execução da pena, temos o ato de progressão da pena que depende de procedimento judicial e os procedimentos disciplinares que pertencem à competência do direito administrativo, ou seja, dois atos que pertencem à execução penal de competências realizadas por órgãos diferentes.

¹²⁷ Sobre o assunto e considerando que há a prevalência do jurisdicional sobre a competência administrativa na execução da pena, observa-se: “Que os passos já ensaiados sejam tímidos (Cfr. artigo n.º 1.º, 2º, 3º e 4º.), é reflexo da tensão que inevitavelmente se suscita quando se trata, como é o caso, de estabelecer uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração penitenciária. Se cabe a esta organização e a inspeção das instituições penitenciárias, o objectivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas.” RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. 2.ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2002. p. 137.

¹²⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 1996, p.5-6 apud Macão, Renato. *Curso de execução penal*. São Paulo, editora Saraiva, 11ª edição, 2013, p.32. Ainda, sobre a mista natureza jurídica da execução da pena vide LEONE, Giovanni. *Tratado di Diritto Processuale Penale*. Nápole, Editora Jovene, v.III, 1961, p.462. Ainda sobre o assunto, observa-se: “A natureza jurídica da execução penal é complexa (jurisdicional e administrativa). É jurisdicional com relação aos incidentes (processos executivos) e administrativa quando visa à integração social do condenado ou internado, à fiscalização dos presídios e institutos penais, à obtenção de pareceres técnicos e demais documentos como ficha de término de pena, guia de recolhimento etc.” LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. *Teoria e prática da execução penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 2. Este já era o entendimento de Paulo Lúcio Nogueira, que defende a natureza complexa e eclética da execução penal, sujeita não só às normas de Direito Processual e Administrativo, mas até mesmo às normas regulamentares editadas pelos órgãos administrativos. Afirmando a complexidade e a duplicidade da natureza jurídica da execução da pena. Cf: Nogueira, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6. Mais ainda sobre o caráter misto da execução da pena, segundo Maurício Kuehne: “a natureza da Execução Penal é mista. Contempla normas que repercutem no Direito Penal, Processual Penal, Administrativo e de Execução propriamente dito”. Cf. Kuehne, Maurício. *Lições de execução penal. Aspectos objetivos*. 2ª. Edição, revisada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2012. p. 28.

No entanto, os doutrinadores afirmam e reconhecem a complexidade da natureza jurídica da pena e apresentam, ainda, a colocação em relação à prevalência da atividade jurisdicional, mesmo que existam atividades administrativas diretas na execução penal. De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa Brasileira, isto ocorre porque se deve considerar que mesmo que haja a interferência do direito administrativo intensamente, todos os fatos ocorridos na execução penal podem ser submetidos à apreciação e à decisão judicial.¹²⁹

Assim, a natureza jurídica da execução da pena é reconhecidamente complexa e mista, mas este conceito não lhe retira o caráter de prevalência jurisdicional. Então, considera-se a importância das atividades administrativas, porém, o título que fundamenta tal instituto jurídico advém de uma atividade jurisdicional que somente poderá ser desenvolvida pelo Poder Judiciário.

Todos os incidentes de execução decorrentes de atos administrativos podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, devendo a execução da pena se comprometer com a Carta Magna, Código Penal, Código de Processo Penal e as legislações especiais diretamente relacionadas com o instituto jurídico citado. Os princípios constitucionais devem ser sempre observados na efetivação da execução penal, bem como as normas penais.

Em Portugal, o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade concede a competência aos tribunais judiciais quanto à administração da matéria relacionada à execução das penas e as medidas privativas de liberdade, reforçando o caráter jurisdicional do instituto. Os tribunais judiciais possuem competência material formal e decidem sobre a legalidade das decisões proferidas pelos serviços prisionais administrativamente, averiguando sempre as garantias fundamentais do preso.

Apesar da complexidade do assunto, observa-se a prevalência da jurisdicalização da natureza jurídica da pena no presente trabalho. Deve-se observar que a natureza jurídica do instituto tratado deva ser determinada pelo sistema de execução da pena adotado pelo país determinado e, no presente caso, estuda-se Brasil e Portugal.

¹²⁹ MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10ª. Edição, revisada e ampliada. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 33.

Assim, na circunstância analisada sobre Brasil e Portugal, vemos a presença do sistema jurisdicional da execução penal, apesar de se reconhecer uma natureza jurídica mista e complexa baseada em um conjunto de decisões interrelacionadas entre o Direito Administrativo e o Poder Judiciário.

3.2 A FINALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA

A finalidade da execução da pena é de irrestrita importância para o presente estudo, então se estima uma breve consideração sobre o assunto. O *jus puniendi* (direito de punir) é atribuição exclusiva do Estado, que por sua vez, deve aplicar a pena consoante os princípios constitucionais de forma adequada com as normas jurídicas estabelecidas no ordenamento forense.

Assim, segundo o artigo 5º inciso III e XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 38 do Código Penal Brasileiro, além do artigo 3º, 40 e 43 todos da Lei de Execução Penal Brasileira, é função atribuída ao Estado, garantir e conservar todos os direitos do indivíduo cumpridor de pena, não auferidos pela perda da liberdade.¹³⁰ Devem ser garantidos todos os direitos, seja em decisão administrativa ou judicial, atentando ao respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, pelas autoridades condizentes.

A execução da pena consubstanciada na pena tem caráter retributivo, preventivo e ressocializador, além de dever perseguir o objetivo de preparar o criminoso para que volte à vida em sociedade, com a intenção de garantir os direitos do apenado enquanto estiver em cumprimento de pena e para que haja, ainda, a integração social harmoniosa do condenado e do internado.

Assim, a função retributiva é o necessário mecanismo de poder do Estado para responder à sociedade, que clama por justiça, sobre um indivíduo que comete um crime. Vale sublinhar que, em outros tempos, a natureza da função retributiva não era consensual entre os

¹³⁰ Artigo 5º inciso III e XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 38 do Código Penal e artigo 3º, 40 e 43 da Lei de Execução Penal. PENAL, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. 2ª Edição Revisada, atualizada e ampliada. Editora Armador, 2014, Recife, PE, Brasil, p. 19, 22, 152, 624 e 628 respectivamente..

estudiosos, para Bekker possuía um caráter divino, para Kant estava relacionado com a moral e ainda, para Hegel, possuía valor jurídico.¹³¹

Neste sentido, na atualidade, a função da retribuição corresponde com à penalização do indivíduo pelo crime cometido, objetivando responder à sede de justiça da sociedade, devendo-se punir o transgressor pelos seus próprios erros ilegais cometidos.

Em relação à questão preventiva, têm-se a ideia de punir para prevenir a prática, ou o retorno (reincidência), da conduta delitiva pela intimidação do cumprimento da sentença condenatória relativa ao ato ilícito cometido.

O Estado executa a coação física, quanto à segregação, e psíquica, quanto à intimidação e, é também uma forma de ensinamento para que os indivíduos que transgredem as normas penais não o voltem a fazer, considerando também o efeito exemplificativo, para que a outra parcela da sociedade (a não transgressora) tome a situação penalizadora como um “exemplo” e não cometa crimes.

Por último, observa-se a mais importante função e finalidade a ser alcançada pela execução da pena: a ressocialização. O principal desafio da execução da pena é também conhecida como função educadora, visivelmente a mais difícil atribuição a ser concretizada no cumprimento da execução da pena, sendo, frequentemente, até esquecida.

Além do objetivo de corrigir, a pena deve trazer a educação para a vida do acoimado, pois assim, se houver a efetiva reformulação educacional deste indivíduo, as possibilidades de voltar para sociedade e não cometer novos crimes, se incluindo novamente no seio social, são significativamente maiores.

Segundo o artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal Português, a aplicação das penas na execução penal deve ser baseada na proteção dos bens jurídicos do recluso e na incisiva tentativa de reeducação do mesmo, para a devida promoção da sua reinserção social na sociedade.¹³² No Brasil, a ressocialização também é uma norma estabelecida para alcançar a verdadeira finalidade da execução da pena e está estipulada no artigo 1º da Lei de Execução

¹³¹ MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Parte Geral, artigos 1º ao 120 do Código Penal. São Paulo, Editora Atlas, 29ª edição, revisada e atualizada, 2013, pp.230 a 231.

¹³² Artigo 40º, n.º 1, do Código Penal Português.

Penal, objetivando a reintegração social harmoniosa para o apenado enquanto cumpri a pena, mas sobretudo visualizando-se a reinserção social no futuro.

A doutrinadora Anabela Miranda Rodrigues afirma, ainda, que é fundamental ter atenção à socialização do apenado e, para a concretização desse objetivo final da execução da pena, deve-se atentar para a preparação do acoimado, dentro do presídio, devendo todos os seus direitos serem assegurados, como se o mesmo estivesse em liberdade e preparando-o para a volta ao convívio social após o cumprimento da pena.¹³³

O cumprimento da pena na execução penal é o seguimento de uma sanção repressiva e condenatória, mas não se pode esquecer que a pena é apenas restritiva de liberdade e não pode restringir os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja, não pode restringir a dignidade do acoimado. No entanto, infelizmente, diante da situação carcerária atual, os homens presos mais parecem bichos jogados à própria sorte para esperarem pela hora da morte.¹³⁴

Assim, a finalidade da execução da pena deve compreender e objetivar a reeducação do preso para que depois possa se reconhecer um indivíduo capaz de voltar para sociedade e ser inserido na mesma. Além da questão retributiva e preventiva, o caráter ressocializador deve ser incisivamente trabalhado, uma vez que, se o objetivo de reeducar for alcançado, teremos outros indivíduos que voltaram à sociedade, dispostos a não mais cometer crimes.¹³⁵

3.3 A EXECUÇÃO DA PENA EM PORTUGAL, BREVE ANÁLISE

A Execução da pena diretamente entendida é o cumprimento da coima criminal pelo apenado. No mesmo sentido, explica Grinover, sobre o processo de execução da penal, ressaltando sua essencial importância, direciona que este se caracteriza pelo mecanismo direcionado à operação jurisdicional destinada à tutela judiciária dos direitos do apenado, devendo efetivar as diretrizes de cumprimento de pena, resultantes da sentença penal condenatória.¹³⁶

¹³³ RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit., p.66.

¹³⁴ MAGGIORE. Diritto Penale. Bologna, 1958. P.789 apud HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, v.1, t.II, Editora Forense, 5ª edição, 1987, p.452.

¹³⁵ Sobre a questão leciona RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. pp. 147 a 175.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Processos de Execução e Direito de Defesa. Revista Interamericana de Direito Processual Penal. v.3º de 12 de outubro de 1978.

Assim, a fase posterior ao processo penal se desdobra sobre o cumprimento da pena determinado pela sentença penal condenatória. O direito de punir é todo do Estado, a competência do *o jus puniendi* consagrado na lei penal do espaço, deve atribuir a ação punitiva relativa. Quando um ser humano comete um ato tipificado como ilícito, deve ser punido pelo Estado.¹³⁷

Neste sentido, o indivíduo deve passar pelo processo penal legal de acusação, de julgamento e de condenação e, após a sentença penal condenatória, seguir de acordo com a pena estipulada, para que seja recolhido ao estabelecimento penal devido, para efetuar o direito cumprimento da sanção penal recomendada. No caso, este presente conceito hodierno é notável, já que historicamente se considerava também a execução da pena nos moldes do banimento, da morte e de penas corporais físicas e psicológicas.

Como leciona Anabela Miranda Rodrigues, em Portugal, quanto à jurisdição da execução da pena, deve-se observar o marco histórico ocorrido em 1945, com a criação do Tribunal de Execução das Penas pela Lei n.º 2000, de 16 de maio concretizada pelo Decreto n.º 34 540, de 27 de abril.¹³⁸ Este importante passo, trouxe a Portugal as primeiras etapas para a efetivação da jurisdicionalização da execução da pena.

Assim, queda-se importante o entendimento sobre o modo como a legislação portuguesa encara o cumprimento da pena de prisão ao longo da história. Apesar de se compreender o olhar para trás, onde Portugal ainda compartilhava das atrocidades da Inquisição conjuntamente com quase toda a Europa em relação à execução penal e, mais

¹³⁷ Artigo 4º do Código Penal Português.

¹³⁸ Sobre o assunto: “O primeiro passo nos sentido da jurisdicionalização da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade foi dado, em Portugal, com a criação do tribunal de execução das penas (Lei n.º 2000, de 16 de Maio, posta em execução pelo Decreto n.º 34 540, de 27 de Abril de 1945). Na Europa, esta inciativa só tinha precedente na Itália, onde fora introduzida a figura do juiz de vigilância no Código penal de 1930. A instituição de um mecanismo de controle da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade exige uma palavra de explicação”. RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p. 129 apud Disto nos dá notícia BELEZA DOS SANTOS, << Os tribunais de execução da penas em Portugal (razões determinantes da sua criação – estrutura – resultados e sujeitões)>>, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XV), vol. I, p.289 s. Neste lugar se refere como <<antecedente>> destes tribunais as Comissões de Vigilância junto dos estabelecimentos prisionais, aconselhadas pelo 4.º Congresso do Direito Penal, realizado em Paris, em Julho de 1937. Nota-se que o Brasil, já na década de vinte, introduzira a figura do Juiz de Execução e criaria um órgão não judicial de fiscalização: o Conselho Penitenciário. Para uma visão de direito comparado sobre os vários sistemas de controle judicial da execução nos países da Europa continental e no Brasil, crf. J.M. BAHCHS I ESTANY, <<El control judicial de la ejecucion de penas em nuestro entorno cultural>>, Cárcel y Derechos Humanos. Um enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos (coordenador: I. RIVERA BEIRAS), Barcelona, 1992, p.119 s.

adiante, em relação ao regime ditatorial, é indisputado que o ordenamento jurídico luso atual permaneça comprometido com as funções essenciais da execução da pena no sentido da pena.

Sobre o assunto, leciona Anabela Miranda Rodrigues, havia uma separação, uma vez que a execução da pena era da responsabilidade da administração penitenciária e, a atividade jurisdicional apenas direcionava a efetivação da sanção a determinada na sentença condenatória.^{139 140}, ou seja, vemos que toda a parte executória era de competência da administração e a atividade jurisdicional apenas ficava a cargo da sentença penal condenatória.

Então havia uma separação: o tribunal era direcionado apenas ao julgamento e a condenação no processo penal e a execução da sanção ficavam a cargo da administração penitenciária. Posteriormente houve a jurisdição da execução da pena, onde o Tribunal de execução tomou a competência de aplicar as decisões diretas na execução da sanção.

Fez-se necessário a criação de um órgão jurisdicionalizado para administrar, executar e reger a execução da pena em visão da proteção do condenado. Nesse entendimento pronuncia-se Anabela Miranda Rodrigues, explicando que a proteção do condenado se fez necessária conjuntamente com a jurisdicalização da execução da pena.¹⁴¹

Então, a criação dos tribunais de execução tornou-se necessária e concretizou-se no ano de 1944. A necessidade de se estudar o Direito Penal do agente resultou na vontade de se consolidar a luta contra a perigosidade do delinquente e em consequência trouxe a vertente que procurava mais incisivamente a ideia pela busca da ressocialização do apenado e quanto a questão dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana encarcerada.

¹³⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p. 130.

¹⁴⁰ Sobre o exposto: “Esta competência caía ao tribunal <<da condenação>>. Estava-se ainda na época da clássica distinção entre <<execução>> (atividade judiciária) e <<cumprimento>>(atividade administrativa), a primeira de natureza processual e a segunda de natureza material (2). Dizia-se, a este propósito, sugestivamente, que os tribunais transferiam para a administração <<penas em branco>>”(3) RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit., p. 130 apud Sobre esta distinção, LOPES ROCHA, <<Execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal, 1988, p.475 s. e TAMART SUMALLA, SAPENA GRAU e GARCIA ALBERO, Curso de derecho penitenciário, p. 233, apelando a Manzanares Samiego.

¹⁴¹ Sobre o assunto, “A jurisdicalização da execução começou por ter vista a proteção do condenado (recluso), numa altura em que o garantismo penal corria o risco de enveredar por um caminho de concessões, em nome do ideário que marcou profundamente o direito penal no começo do século e que teve tradução exemplar na Reforma Prisional de 1936: o da recuperação do delinquente.” RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit., p. 132.

Neste sentido, os tribunais de execução começaram a tomar todas as competências quanto à execução da pena. Assim, surgiram o tribunal de condenação e o tribunal de execução. Como leciona brilhantemente Anabela Miranda Rodrigues explicando Beleza dos Santos, houve a direta necessidade de repartir as competências para melhor direcionar a execução da pena.¹⁴²

Ultrapassando a breve evolução histórica e feitas algumas considerações sobre a jurisdicionalização da execução da pena, adentra-se na necessidade de se analisar brevemente a legislação atual em Portugal sobre a questão levantada.

O Código de Execução das Penas e Medidas de Segurança é estabelecido pela Lei n.º 115 de 12 de outubro de 2009 e é o responsável pelas regras estabelecidas para o processo de execução das penas, pela pura execução penal e pelas medidas de segurança de forma específica e, claramente, sempre atendendo a regras magnas estipuladas pela Constituição Portuguesa.¹⁴³

¹⁴²Sobre o assunto: Compreende-se, assim, que, na repartição de competências que então se operou entre tribunal da <<condenação>> e tribunal de execução das penas, aquele tribunal continuasse a conhecer do facto e da culpabilidade, a aplicar penas e, dispondo de elementos bastantes, <<pronunciar-se acerca do carácter perigoso de certos delinquentes e sobre a medida de segurança que legalmente deverá ser-lhe aplicada, como, por exemplo, quando se trata de doentes mentais, ou de um delinquente habitual ou por tendência>> (8). E que mantivesse a competência para decidir <<quaisquer incidentes da execução, no sentido restrito e técnico do termo, isto é. Todas as dúvidas de carácter contencioso acerca da interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória.>>(9) Quanto a <<outras investigações e decisões determinadas pelo conhecimento posterior do estado perigoso de um delinquente, suas modificações ou cessação>>(10), passaram a caber os tribunais de execução das penas. E a estes tribunais foi também conferida competência para <<conceder ou negar a liberdade condicional aos delinquentes em cumprimento de pena ou internados por medida de segurança e prorrogar o prazo da sua duração, ou revoga-la>>(11). O que, aliás, estava de acordo com a natureza de pura medida de segurança que, ao tempo, cabia ao instituto quando, por força do regime instituído pela Reforma Prisional de 1936, se tornou possível a aplicação da liberdade condicional depois de ter sido cumprida a totalidade da prisão a que o delinquente tivesse sido condenado ou quando a liberdade condicional se ligasse à execução de uma medida de segurança de internamento(12). Mais tarde (por força do Decreto n.º 35046, de 1945), foi ainda <<cometido a estes tribunais o encargo de aplicar as medidas de segurança adequadas aos vadios e outros indivíduos de conduta a-social, ou anti-social perigosos>> (mendigos profissionais, rufiões, etc.)>>(RODRIGUES, Anabela Miranda. apud BELEZA DOS SANTOS, << Os tribunais de execução das penas>>, cit., p.290. Ao tempo, afastam-se os nossos tribunais de execução das penas dos juízes de vigilância italianos, dado que não tinham, diferentemente destes, <<funções de inspecção ou de vigilância nos estabelecimentos prisionais, nem qualquer intervenção nos estabelecimentos prisionais, nem qualquer intervenção nas questões entre reclusos e a Direcção>> (p.289 nota 1). e Cfr. BELEZA DOS SANTOS, apud.,p.297, 292, 321, 326 e Cfr. BELEZA DOS SANTOS, apud., p.307 e 313. Também A.M ALMEIDA COSTA, << Passado, presente e futuro da liberdade condicional>>, Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 65, 1989, p.421. e Cfr. BELEZA DOS SANTOS, ob. cit.,p.327.

¹⁴³ Sobre a questão, considera-se que a Constituição Portuguesa estabelece regras importantes para execução da pena, como: a individualização da pena como garantia do cidadão, o preso deverá ficar em estabelecimento conforme o ato ilícito que praticou e em relação à idade e o sexo. Veta ainda, a fixação de penas cruéis ou

Assim, o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade é separado em dois livros, para melhor divisão das atribuições e das especificidades sobre a execução penal. O Livro I dispõe sobre a execução das penas e quanto às medidas privativas de liberdade e o Livro II estabelece as condições e regras do processo perante o tribunal de execução das penas.

Neste sentido, analisando a Lei n.º 115/2009 que dispõe das competências relativas à Execução das penas e Medidas Privativas de Liberdade em Portugal, e de acordo com os artigos 1.º a 132.º, têm-se que o Livro I destina-se a apresentar os princípios gerais da execução, os direitos e deveres do recluso, o ingresso nos estabelecimentos prisionais, assim como o funcionamento durante o período da execução da pena.¹⁴⁴

O Livro II do mesmo diploma legal dispõe sobre as questões relativas ao processo de execução das penas e medidas privativas de liberdade e, ainda, sobre a competência e atos do tribunal de execução das penas. As decisões administrativas devem objetivar e observar a legalidade sob fiscalização direta do Ministério Público e submetem-se, também, as decisões do tribunal de execução das penas.¹⁴⁵

Contudo, diante do exposto, entende-se então, com as breves disposições sobre a execução da pena em Portugal e sobre a organização da fase de cumprimento de pena com as suas atribuições, o verdadeiro objetivo da mesma. O país vem ganhando aplausos e servindo de exemplo com o avanço dos efetivos trabalhos na execução da pena e a consequente diminuição da criminalidade, ainda, que falte um longo caminho a ser percorrido para alcançar em plenitude a ressocialização por completo.

Mesmo que Portugal tenha registado muitos avanços, desde os primórdios das leis até a atualidade, deve-se compreender que o caminho para a diminuição da criminalidade sempre será uma constante matemática trabalhosa e somente com o incisivo trabalho reeducador do apenado e a mudança da educação da população em geral, será possível pensar em alcançar o real objetivo da execução penal e a consequente diminuição da criminalidade.

degradantes e consagra as garantias fundamentais do preso, como o resguardo a integridade física e moral do acoimado. CARVALHO, Thaína Puga Cardoso Brabo de. ob. cit. p.36.

¹⁴⁴ CARVALHO, Thaína Puga Cardoso Brabo de. ob. cit. p.37.

¹⁴⁵ Artigo 145 e 197 do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade de Portugal.

3.4 A EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL

A breve análise sobre evolução histórica da execução da pena e das formas de prisão no Brasil faz-se extremamente necessária para alcançar o objetivo central do presente trabalho. A História é o precedente necessário para alcançar o conhecimento sobre a situação atual da sociedade, uma vez que os homens vivenciaram cada período e construíram os fatos marcantes de cada década, que por consequência, são influenciadores do período hodierno.¹⁴⁶

Para que haja melhor compreensão sobre as formas de cumprimento de pena e a necessidade de se recolocar a ressocialização como ponto principal a ser alcançado pelo aprisionamento, necessita-se do estudo e da compreensão atual sobre a execução penal no Brasil, mas, sobretudo observa-se a essencialidade, também, de um preciso olhar para trás na historicidade sobre a forma de cumprimento de pena no país.

Considerando o período histórico da chegada dos portugueses ao Brasil, fato datado de 1808, queda-se destacar um sistema penal famigerado, considerado e desenvolvido para estabelecer a ordem na colônia, que se estenderam por longos 60 anos consecutivos à chegada dos portugueses no Brasil.

O Brasil colônia foi alvo de uma imensa desorganização penal e carcerária, além de ser palco prisional para os indivíduos portugueses condenados em Portugal que, por sua vez não gostariam de cumprir a execução da pena nos claustros portugueses e que eram deportados, por sua própria escolha, para a Ilha de Vera Cruz (nome concedido por tempos ao Brasil).

Nesta hipótese, de acordo com a história, e em consonância com boa parte do mundo à época, não há como se analisar um sistema carcerário organizado no Brasil. Observa-se que no início da colonização, a prisão era um sítio direcionado apenas ao cumprimento de penas desumanas e era um local que possuía características totalmente insalubres, desumanas e repugnantes, onde os prisioneiros aguardavam pelo julgamento e eram submetidos a torturas psicológicas e físicas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ e TUCCI, José Rogério. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais Brasileiros, 1996. pp. 19 a 25.

¹⁴⁷ Como devidamente tratado na 1ª parte do presente trabalho dissertativo de mestrado.

Neste contexto, mesmo antes da condenação, tais indivíduos sofriam penas corporais incisivas e eram por muitas vezes esquecidos até a morte, enquanto aguardavam pelo tal julgamento. A pena de prisão no Brasil colônia era uma direta medida de contenção aplicada antes do devido julgamento do acusado, arbitrada pelos colonizadores comandantes e, que geralmente era execução de morte ou de cárcere perpetuo.

Vale sublinhar ainda que, nesse período histórico, o cenário político, social e econômico de Portugal permanecia organizado no sistema absolutista de poder, bem como o acesso aos direitos e a justiça. Todo o poder estava concentrado nas decisões do Rei Monarca, que eram entendidas e dirigidas para o bem comum da sociedade. Neste contexto e por essa razão, nasce à necessidade de uma legislação positiva com o objetivo de destacar as decisões do monarca enviado por Deus para comandar o povo.¹⁴⁸

Em seguida, na linha histórica, observam-se as ilustres Ordenações Portuguesas e, posteriormente as suas colocações no cenário do Brasil Colônia. Portanto, no ano de 1446, século XV, nasce a primeira compilação de leis do Reino de Portugal, as denominadas Ordenações Afonsinas, que já eram vigentes em Portugal e, que foram finalizadas no ano que Dom Afonso V assume o reinado.

Assim, sucedem-se as Ordenações Afonsinas, marcantes pelo terror que infligiam, amedrontando a sociedade, e ainda, incentivando a crueldade, as penas inquisitivas e as arbitrarias penas de morte. A execução da pena era direcionada ao acusado, mas assumia, sobretudo, o caráter de controle da criminalidade e de exemplo para conter sociedade a sociedade como um todo.

No ano 1505, após quase 60 anos de vigência das Ordenações Afonsinas, Dom Manuel I assumiu o reinado. Em 11 de março de 1521, nasceram em compilações, as Ordenações Manuelinas, que também traziam rigorosas leis sobre o poder da execução da

¹⁴⁸ Em relação a isso: “Sem dúvida, o surto legislativo resultou do reforço de autoridade régia. A difusão dos princípios romanos como “*quod principi placuit legis habet vigorem*” e “*princeps a legibus solutus est*” (Compilação organizada, n.º 1. n.º 4. 1 e 1. 3. 31), alicerçava poderes públicos ilimitados do monarca nas esferas executiva, judiciária e legislativa. Inicia-se o caminho da centralização política e da relacionada unificação do sistema jurídico. Cada vez mais se iria polarizando no rei a criação do direito, embora, decerto, conhecendo algumas atenuações de ordem prática, designadamente as que decorriam da colaboração das Cortes ou das prerrogativas dos municípios. A lei passa a considerar-se, não só um produto da vontade do soberano, mas ainda uma sua actividade normal”. COSTA, Mário Julio de Almeida. História do Direito Português. 3ªed., Coimbra, Almedina, 2008. pp. 257 a 258.

pena. Em seguida, ainda em 1603, surgem as Ordenações Filipinas do reinado de Dom Filipe II.¹⁴⁹

Seguindo o estudo histórico, o Brasil foi pouco afetado pelas primeiras leis das Ordenações Portuguesas. Uma vez que a colônia era comandada pelos donatários das capitanias hereditárias, estes tinham o poder de aplicar suas próprias regras e leis, cada um em sua capitania e, este procedimento resultava na maior confusão, pois complicava a situação quanto a possível organização das punições e penas.

Assim, diante de toda confusão instalada na colônia, afirma-se que o regime jurídico arbitrado ao Brasil era consubstanciado no neofeudalismo luso-brasileiro, sistema no qual os senhores de terra eram verdadeiros ditadores cruéis que possuíam todo o poder de comando individualmente, cada um em sua propriedade, com permissão da Coroa para arbitrar, sem limites, penas cruéis e desumanas, além das penas de morte.

O período durante o qual o Brasil foi uma colônia portuguesa reproduziu o que ocorria no mundo inteiro, sendo considerados os tempos mais cruéis, obscuros e tendenciosos da História da Humanidade como um todo. Como expõe, em seus estudos, Roberto Cezar Bitencourt, o regime jurídico no Brasil-Colônia era catastrófico, pois cada donatário arbitrava as ordens seguindo seus próprios critérios de julgamento, de condenação e de punição.¹⁵⁰

A situação do Brasil colônia era mais caótica do que se pode medir, a aplicação da pena era um instrumento de controle contra a criminalidade comandada pelos senhores de terra. Os donatários eram a própria lei e aplicavam as penas a quem julgassem melhor, não existindo igualdade ou sequer a ideia do julgamento propriamente dito. A sociedade estava voltada a aceitar tudo e a obedecer aos parâmetros impostos pelos senhores das terras, pois eram submetidos a estes.

Neste contexto, vale ressaltar ainda, em continuidade histórica, as Ordenações Filipinas, que são as reformas das Ordenações Manuelinas, tendo a sua confirmação e

¹⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit. p. 283.

¹⁵⁰ Acerca do assunto: “Como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses. De certa forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p.41.

configuração no Reinado de Dom João IV, ficando em vigor em Portugal e no Brasil por mais de dois séculos. Era o direito no reinado português que, por vezes, era observado e executado na Colônia.

As Ordenações Filipinas eram uma cópia fiel das Ordenações Manuelinas, apenas com alguns acréscimos quanto à rigorosidade e coordenação das leis compiladas e com alguma inspiração nas leis castelhanas, que hoje em dia corresponde às leis da Espanha, que traziam consigo, também, normas fechadas, incisivas e cruéis.

Neste sentido, observa-se a lição de Almeida Costa, quanto à realização das Ordenações Filipinas, que seguem as novas ordens compiladas e, tinham inspirações castelhanas, algumas regras inspiradas na Lei de Toro. No entanto vale ressaltar que diretamente era apenas uma mistura do que já estava considerado no corpo legislativo anterior com acréscimos de novos dispositivos, sobretudo ainda cruéis e desumanos, não apresentando muitas modificações reais.¹⁵¹

Assim sendo, as Ordenações Filipinas, mais precisamente em seu Livro V, abordavam as ideias do sistema penal daquela fatídica época. No mesmo sentido das Ordenações Manuelinas, as penas foram estabelecidas novamente de formas cruéis, infames e com formas de julgamento muito injustas. Ainda, as penas de morte e tortura foram mantidas para penalizar crimes comuns, podendo ser arbitradas de forma geral.¹⁵²

Os julgamentos eram estipulados por preceitos que formavam a moral e a religião e, por último, analisava-se o direito, propriamente dito, que era quase não considerado ou nulo. Além disso, as leis possuíam diferenças em relação a julgamento e penalização relativas às classes sociais do acusado e da vítima. A disparidade de tratamento era notável e descarada.

As questões penais eram misturas tendenciosas usadas em favor da alta sociedade que residia na Colônia Brasileira. Por exemplo, se o indivíduo era de classe correspondente à nobreza, as diretrizes penais eram favoráveis, mas, pelo contrário, se pertencia a alguma

¹⁵¹ Neste interesse quanto as ordenações Filipinas: “Se procurou realizar uma pura revisão actualizadora das Ordenações Manuelinas. A existência de normas de inspiração castelhana, como algumas derivadas da Lei de Toro não retira o típico caráter português das Ordenações Filipinas. Apenas se procedeu via de regra, à reunião, num único corpo legislativo, dos dispositivos manuelinos e dos muitos preceitos subseqüentes que se mantinham em vigor (...). Observou-se que os compiladores filipinos tiveram, sobretudo, a preocupação de rever e coordenar o direito vigente, reduzindo-se ao mínimo as inovações.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. ob. cit., p. 291.

¹⁵² Título XXXVIII das Ordenações Filipinas.

classe subjacente ou, pior ainda, se fosse escravo, as situações de julgamento e pena eram desumanas e tendenciosas.

Após longas décadas de verdadeiros desastres e de influências de outras novas Ordenações Portuguesas, considerando um período em que a penalização era tida como um instrumento de poder tendencioso, coercitivo e injusto, a questão penal no Brasil ganha outro olhar, inspirado pelo movimento iluminista, a partir de 1800, coincidentemente com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil.

Em 1824, com o início das forças liberais, nasce à primeira Constituição do Brasil, que traz consigo o início de ideias mais humanas e justas, mas ainda bem longes do ideal moderno utilizado. No entanto, a primeira Carta Magna da Colônia Brasileira já trazia consigo conceitos novos, se distanciando das Ordenações Portuguesas, por fim.

Na claridade dos fatos, a princípio, foi o primeiro sopro a favor da independência e dos conceitos libertários da Colônia Brasileira, além de permitir o início dos avanços em busca da igualdade de direitos. A primeira Constituição Brasileira elencava algumas idealizações, um pouco mais avançadas quanto às concessões dos justos direitos dos seres humanos, começando a se distanciar dos anos cruéis proporcionados pelo passado histórico baseado nas compilações das Ordenações Portuguesas.

Sobre isso, Thainá Brabo de Carvalho expõe que, quando a Constituição do Brasil foi outorgada, esta era conhecida como a Constituição do Império e já se desprendia, ainda que de modo pouco significativo, juridicamente das Ordenações Portuguesas. Na evolução histórica, sucedeu-se a proclamação da independência Brasileira e depois, finalmente, nasce a necessidade do secionamento do primeiro Código Criminal do Império, que trazia novas construções, mas ainda distantes do ideal hodierno.¹⁵³

Vale ressaltar, ainda, antes de adentrar na breve análise do Código Criminal do Império, alguns artigos da referida Carta Magna vigente à época, que ensejaram as primeiras

¹⁵³ Sobre a questão: “Tempos depois, foi outorgado à primeira constituição do Brasil, conhecida como Constituição do Império, no ano de 1824, mesmo o país ainda sendo colônia de Portugal. Em 1930, após da proclamação da independência, foi sancionado o Código Criminal do Império, com uma legislação mais humanizada, mas a legislação específica para a execução penal e medidas privativas de liberdade, ainda não era uma realidade”. CARVALHO, Thainá Puga Cardoso Brabo de. ob. cit. p.43.

menções quanto à tentativa da humanização das relações jurídico-penais que despejou a necessidade da implementação do Código Criminal.

O artigo n.º 79, inciso IX da Constituição de 1824 do Brasil, trazia a ideia da pena de prisão e a possibilidade de livramento condicional em casos de crimes com penas menores de seis meses. Assim, observa-se o início da jurisdição e da organização da pena de prisão de forma global.¹⁵⁴

Outro artigo que importante a se mencionar é o de n.º 179, no seu inciso XXI, do mesmo diploma legal acima citado, que estipulava o tipo de lugar adequado para se tornar um estabelecimento penal destinado ao cumprimento de pena. Neste sentido, começa-se a perceber, mesmo que de forma rasa, as primeiras afirmações quanto à consideração da dignidade da pessoa humana do preso, mesmo que voltado às diretrizes para o lugar do cárcere adequado.¹⁵⁵

Nesta linha tênue, passando a se considerar o olhar para questão criminal de forma mais jurisdicionalizada, em 1830, ocorre o advento do Código Criminal do Império. Este diploma legal demonstrava mais preocupação com os estabelecimentos penais, como as penitenciárias e os lugares a serem destinados para o cumprimento de sentença penal condenatória do que com o indivíduo/ser humano condenado, propriamente posto.

O Código Criminal do Império era uma legislação mais direcionada para a questão das prisões, pois no Brasil, nesta altura, ainda não existiam estudos voltados para as questões penitenciárias relacionadas aos direitos fundamentais da pessoa humana. A lei era apenas um instrumento de controle e de organização dos lugares que eram destinados ao cumprimento da pena, não havia uma direta importância sobre os direitos do apenado.

¹⁵⁴Artigo 79, inciso IX. “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto” da Constituição de 1824.

¹⁵⁵Vale ressaltar o disposto no artigo 179, inciso XXI, da constituição de 1824, onde era disposto que:“as Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes”. Em consonância com a questão, frisa-se a nível constitucional, certa importância quanto à afirmação da dignidade humana do preso. Mesmo que só aborde a situação “réu”, o dispositivo da Constituição se estendia aos condenados, observando-se assim o caráter eminentemente liberal do disposto.

Outra peculiaridade importante a ser vislumbrada é o facto de, neste tempo, a pena de morte ainda era arbitrada, defendida e usada em sanções penais. A sociedade brasileira era escravocrata e temia os crimes e revoluções que podiam por acontecer por parte dos escravos e então, precisava do mecanismo de controle social que transparecesse o medo a esta parcela da população, recorrendo, assim, à permanência da pena de morte.

O Código Criminal do Império manteve a pena de morte com a justificativa de defender a sociedade da criminalidade e de promover a ordem pública contra a ação dos escravos. No ensinamento de René Dotti, a pena de morte parou de ser arbitrada em 1855 e foi abolida totalmente do ordenamento jurídico brasileiro com promulgação do Código Penal de 1890.¹⁵⁶

Em 1832, também sob a influência decisiva da Carta Magna de 1824 do Brasil, foi expedido o Código de Processo Criminal. Foi uma legislação que se fez necessária, uma vez que surgiram demandas postas quanto à organização do sistema de justiça, uma questão diretamente relacionada com a sistematização da situação de prisão dos acusados em cumprimento de pena suscitado pelo Código Penal.

As normas impostas nas legislações citadas acima eram, ainda, muito rigorosas, assim como tendenciosas, e a necessidade de uma reforma geral crescia com o passar do tempo. Diante desta importância e consoante a proclamação da República Federativa Brasileira, em 1890, pelo decreto lei n.º 774/1890, nasce uma nova edição do Código Penal Brasileiro.¹⁵⁷

O Código Penal de 1890 trouxe consigo algumas modificações consideráveis. Dentre estas, vale ressaltar as mais importantes que o diploma legal carregou, como a possibilidade da contabilidade da pena desde o tempo da prisão preventiva e a estipulação e a redução para 30 anos do cumprimento da prisão perpétua, instituindo, ainda, a prescrição das penas.¹⁵⁸

O referido diploma legal demonstra um grande peso para o início da construção sob a consideração do direito do ser humano apenado. Destaca-se que as penas de liberdade estipuladas pelo Código de 1890 são um avanço, pois se colocaram as modalidades da prisão

¹⁵⁶ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. São Paulo, RT, 1998, p. 52.

¹⁵⁷ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JUNIOR, Alceu Corrêa. Pena e Constituição: Aspectos Relevantes Para sua Aplicação e Execução. São Paulo, RT, 1995, p. 21.

¹⁵⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JUNIOR, Alceu Corrêa. ob. cit, p. 21 e 22.

celular, a reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar e o livramento condicional vigiado.

No entanto, todos esses direitos apenas eram concedidos se o condenado apresentasse bom comportamento e mostrasse, claramente, a intenção de se tornar “melhor” para poder retornar à sociedade de forma mais condizente. O diploma legal acima citado demonstrava, em normas também, o incentivo de progressão por merecimento.

O artigo n.º 44, segunda parte, consolidou a limitação para a execução de pena em 30 anos e, ainda, de suma importância, a colocação das primeiras linhas de um sistema progressivo, posto no artigo n.º 50, que permitiu a progressão de regime autorizada após os 6 anos de cumprimento de pena em caso de bom comportamento do apenado.¹⁵⁹

Em 1921, a doutrina brasileira já se manifestava e recomendava um sistema que admitisse o sistema de cumprimento de pena em liberdade, baseado no sistema humanitário do século XVIII. Neste aspeto, Galdino Siqueira, à frente de seu tempo, expôs que era necessária uma visão mais nítida para a finalidade da execução da pena, não sendo um simples mecanismo de controle social punitivo, mas sim, devendo-se tomar atenção sobre a situação, após o cumprimento de pena do acoimado.¹⁶⁰

¹⁵⁹ O artigo 50 considerou a progressão da pena pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, estipulando a mudança da prisão para uma comunidade agrícola após 6 anos de cumprimento de pena e apresentação de bom comportamento, ao dispor que: “O condenado a prisão cellualar por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena. § 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu. § 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos”.

¹⁶⁰ Em 1921, Galdino Siqueira, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, comentando o Código Penal de 1890 e referindo-se a Howard e Bentham, anotou que “o movimento humanitário no século XVIII, lançando as novas bases do direito penal, poz em foco a questão penitenciária a criação de um regimen que melhor assegurasse os fins primordiaes da pena”, observando que o sistema do isolamento “não tendia ao fim positivo da correção, da educação e da reclassificação social. O isolamento contínuo não póde tornar apto o indivíduo para a vida social, que implica a coexistência e cooperação permanentes, e na cellula só se pode encontrar uma fraca imitação da vida moral, muito aquém da realidade, o bem e o mal, a recompensa e o castigo reduzidas a proporções minúsculas(...). Reagindo contra o sistema pensylvanico, de sorte a evitar seus inconvenientes, sociedades philanthropicas de New York e Boston, sob orientação de política mais realista, fundaram em 1820, em Auburn, um estabelecimento, cujo regimen, em substância, nada mais era do que o que vigorou em Grand, na Bélgica, de 1773 a 1775 ... Os presos, collocados em cellula durante o dia, trabalham em comum durante o dia grupados segundo o sexo, a edade, a culpabilidade, a aptidão para o trabalho ... se permite diminuir da sentença condemnatoria tantos dias quantos dias a administração entender de justiça, para recompensar a conducta exemplar do condenado”. SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro, segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n° 847 de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou

A posteriori, em 1853, Walter Crofton trouxe à configuração mundial do Irish System. Um sistema com ideias voltadas para a progressividade da pena e preocupado com a ressocialização do apenado que inspirou o mundo inteiro. Falava-se então, sobre o equilíbrio moral do condenado e a necessidade de reintegrá-lo, após o cumprimento da pena, na sociedade civil.¹⁶¹

O Brasil começou afirma-se e dedica-se, inspirado no mundo todo, ao sistema progressivo. Ocorreram várias modificações e desta vez não foram só as voltadas aos estabelecimentos penais, mas, também, relacionadas aos acoimados na fase da execução da pena e sobre a importância da ressocialização.

No entanto, no ano de 1937, foi à vez do advento de uma nova Constituição Federativa Brasileira, que assumiu, novamente, um retrocesso quanto à questão penal, processual penal e no caráter humanitário para com os apenados. Esta Carta Magna restabelece a pena de morte e regride quanto à observação dos direitos humanos, mas mantém o sistema progressivo das penas privativas de liberdade, que causou uma verdadeira controvérsia.¹⁶²

É relevante ressaltar o advento da Lei n.º 6.416 que, a 24 de maio de 1977, proporcionou várias alterações significativas no Código de Processo Penal, no Código Penal e na Execução da Pena, mesmo que ainda não houvesse um Código de Execução de Pena no Brasil.

Apesar das insistentes tentativas por parte dos doutrinadores que lutavam pela melhoria do sistema penal e do processual penal, pelas mudanças nas formas da execução de pena e, ainda, pela promulgação de um Código que fosse voltado a questão penitenciária

completaram, elucidados pela doutrina e pela jurisprudência – Vol. I. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2003, pp. 610-611.

¹⁶¹Ainda nos ensina Galdino Siqueira que Walter Crofton trouxe importantes modificações ao sistema da execução da pena. Em 1853, escreveu o sistema denominado progressivo ou irlandês, sendo o sistema adotado na Irlanda. Este novo sistema trouxe a ideia e os primeiros princípios da ressocialização do condenado, pois estabelecia gradualmente a importância do equilíbrio moral e quanto à questão de reintegração do mesmo na sociedade civil para onde iria retornar (...). O sistema era um conjunto de normas que se consubstanciava na análise da conduta do apenado, condizia com a ideia de que se seu comportamento, dentro do cárcere fosse insatisfatório, desceria para um grau inferior. No entanto, a boa conduta levaria o acoimado à liberdade condicional. Este sistema é o adotado por quase todas as legislações penais modernas. SIQUEIRA, Galdino. ob. cit., p. 613 apud Walter Crofton.

¹⁶²SCHECARIA, Sérgio Salomão e JUNIOR, Alceu Corrêa. ob. cit., p. 23.

brasileira, as tentativas foram fadadas ao fracasso por muitos anos, não obtendo resultados concisos até ao tempo acima exposto.

Após a década de 40, mesmo com os pensamentos voltados a essa luta, ainda se registaram muitos insucessos, pois o Brasil vivia uma movimentação na vida política bastante significativa e intensa. A política nacional enfrentava constantes mudanças e, por conseguinte, sempre cessavam os trabalhos voltados a construção de um Código Penitenciário Brasileiro conforme o interesse político modificado ao tempo.

Na verdade, observa-se que o interesse por resguardar o direito do preso e por proporcionar uma reforma no olhar e na execução da pena, criando-se o tal Código Penitenciário, não era objeto de interesse político e, muito menos, social. Sempre foi uma situação descartável e ignorada face a outras questões “mais importantes” no cenário brasileiro.

Assim, queda-se claro que a consideração sobre o preso nunca mereceu importância séria até o período exposto acima. Afinal não era de interesse político e não condizia com os desejos da sociedade. Os discursos, as modificações e as alterações ao Código Penal e Processual Brasileiro não passaram de normas, passagens constitucionais e legais vagamente garantidos pelo Poder Legislativo e Judiciário.

3.4.1 A EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL – O ADVENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A tendência mundial dedicada à execução penal inicia-se na década de 30, mas somente em 1984 foi promulgada a Lei nº 7.210 de 11 de julho, correspondente às primeiras diretrizes legais da jurisdicionalização da execução penal no Brasil. A lei concede as primeiras ideias sobre o reconhecimento do condenado como sujeito de direitos e o seguimento jurídico propriamente dito da execução da pena.

A lei de Execuções Penais, mais conhecida como LEP, é um grande avanço para o cenário do Direito Penal e Processual Penal no Brasil, além de instituir uma legislação própria diretamente relacionada com a fase do cumprimento da pena. A Constituição Federativa do Brasil, o Código Penal e Processual Penal brasileiros eram apenas diplomas legais que traziam a normalização das leis quanto a questão da execução da pena. Era necessária uma legislação específica e assim ocorreu.

Após diversas tentativas que não obtiveram sucesso e a incisiva fala dos maiores doutrinadores expondo a importância da construção de uma legislação voltada às disciplina do período pós-sentença penal condenatória, finalmente nasce à legislação direcionada e especificada para a execução da pena. Durante muitos séculos, o período pós-condenação sempre foi ignorado, mas finalmente, diante das necessidades, nasce a LEP.

A promulgação da LEP unificou as normas e trouxe a jurisdicionalização da execução da pena, tanto na esfera judicial quanto no plano administrativo. Neste contexto, vale lembrar, também, que ao mesmo tempo ocorreu, em 1985, a reforma da Parte Geral do Código Penal que, por sua vez, consolidou as normas e as regras da nova legislação que tratava da execução da pena.

Outro marco histórico que ocorreu simultaneamente à publicação da LEP e à reforma da parte geral do Código Penal deu-se em 1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa Brasileira. Até os dias de hoje, é a Carta Magma vigente no Brasil e, embora tenha passado por muitas modificações ao longo do tempo, é ainda a lei maior que comanda o país.

Antes de adentrar na questão da LEP, vale lembrar a importância de alguns artigos da Constituição Brasileira de 1988, vigente até os tempos hodiernos e que trouxeram a inovação direta no que diz respeito à questão dos direitos fundamentais da pessoa humana. Finalmente, o Brasil é tomado pelas influências das garantias dos direitos humanos e mostra a sua essência, mesmo que prioritariamente apenas nas leis.

O artigo 5º da Constituição Federativa Brasileira trouxe nova roupagem ao cenário das garantias fundamentais da pessoa humana e algumas modificações diretas que influíram o Código Penal. No inciso XLVIII da CFB, surge a previsão da limitação da execução da pena, veda o caráter perpetuo do cárcere, extingue a obrigação do trabalho forçado do apenado, exclui o banimento e as penas cruéis, e ainda, veda as penas de morte, sendo estas permitidas apenas nos casos de guerras declaradas.¹⁶³

Observa-se, ainda, a importância da Constituição da República quanto à previsão da proteção pessoal, vislumbrando também a garantia à mulher presidiária de amamentar o filho,

¹⁶³ CARVALHO, Thaína Puga Cardoso Brabo de. ob. cit. p.43.

concedendo o direito do acoimado à integridade física e moral. A Carta Magna afirma o sistema de progressão e estabelece que o cumprimento da pena seja adequado a cada situação crime particularizada e relativiza que a execução da pena seja diferenciada, de acordo com a idade e o sexo do apenado.

Diante disso, após as breves considerações acima citadas, adentra-se neste momento em algumas especificidades da LEP no Brasil, uma vez que se considera a extrema importância da lei de Execuções Penais para garantir o alcance do objetivo da presente dissertação.

A LEP foi a nova lei que trazia as diretrizes para um novo modelo de execução penal. Muda-se o olhar no Brasil, após o sancionamento deste diploma legal, uma vez que as resoluções não só abarcavam considerações sobre os estabelecimentos penais como, também, adentrava na observância dos direitos e das garantias do apenado.

A legislação trouxe em seu art. n.º 1, o objetivo central da execução penal, delimitando de forma direta o instituto. A LEP dispõe que a execução da pena que ocorre a efetivação das disposições de sentença ou da decisão criminal e, ainda, dispõe sobre a necessidade de proporcionar condições de um produtivo cumprimento de pena, podendo oportunizar a ressocialização, ou seja, para a harmoniosa integração do condenado ou do internado durante o período da pena e depois.¹⁶⁴

É relevante sublinhar alguns pontos importantes, como a afirmação da necessidade do título executivo penal quanto à sentença penal condenatória definitiva ou absolutória imprópria determinável para o processo executivo, por exemplo.

Outros pontos importantes que devem ser exaltados, com o advento da LEP, são o reconhecimento do direito a assistências em favor dos presos e a possibilidade de se estabelecer infrações disciplinares, respeitando os diferentes graus, em casos de situações atos evitados de “mau” comportamento que ameaçassem a ordem social interna do cárcere.

¹⁶⁴ PENAL, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. 2ª Edição Revisada, atualizada e ampliada. Editora Armador, 2014, Recife, PE, Brasil.

No mais, importantes questões vieram à cena com a promulgação da LEP no Brasil, como, por exemplo, no que diz respeito à disciplinantes competências para o juiz da execução penal e às atribuições aos demais órgãos que interagem no processo de execução penal, trazendo assim, novas regras ao sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade, em relação ao livramento condicional, sobre o *sursis penal* e quanto às saídas temporárias.

Surgiram também, importantes inovações quanto à disposição dos tipos de estabelecimentos penais necessários para abrigar os presos, objetivando, deste modo, formas de diminuição do lapso temporal do encarceramento, propondo remissão de pena pelo trabalho e pelo estudo. A LEP no Brasil veio disciplinando, ainda, o cumprimento das medidas de seguranças a serem estabelecidas no cumprimento de pena do apenado.

O primeiro artigo da LEP Brasileira traz como objetivo geral a finalidade preventiva especial como a principal meta da execução penal. Em síntese, é o primeiro avanço democrático em relação ao reconhecimento do apenado como um sujeito possuidor de direitos, mesmo muito antes da promulgação da Constituição Federativa Brasileira de 1988.

Observa-se a relevância da LEP para as primeiras considerações quanto aos direito humanos do apenado, uma vez que o Brasil à época, estava em meados do andamento do processo de redemocratização do país, sem quaisquer perspectivas certas de término do momento histórico caótico e sabotador de direitos.

A promulgação da LEP no Brasil trouxe consigo a reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro regido pelo Decreto Lei N.º 2.848, de dezembro de 1940, quanto aos dispositivos da nova execução penal. Parte desta renovação vem inspirada nos precedentes políticos que estremeciam o Brasil na década de 70 e 80.

O Brasil passava por tempos de instabilidade e aos poucos a renovação dos direitos ganhava força. Seguindo o lapso temporal, foi em 1978 que houve a derrogada dos atos institucionais que oprimiam as liberdades públicas. Em seguida, no mesmo ano, deu-se a publicação da emenda constitucional n.º 11, de 13 de outubro que extinguiu a pena perpétua, de banimento e de morte.

Em seguida, nesta breve consideração histórica, vale lembrar a promulgação de uma nova Lei de Segurança Nacional, Lei N.º 6.620 de 1978, atenuando a rigurosidade das perversas leis nascidas no período da Ditadura Militar Brasileira, como acontece com o Decreto lei N.º 898 de 1969.

Logo após, registou-se mais um avanço em favor da liberdade no Brasil, com a promulgação da Lei da Anistia, permitindo o regresso dos presos e exilados políticos ao país. Em seguida, assistiu-se à revalidação da liberdade de imprensa que estava sendo totalmente cerceada, desde a edição do Ato Institucional N.º 01 de 13 de dezembro de 1968, mais conhecido como o horrendo AI5.

No entanto, foi de fiel importância à promulgação da LEP no Brasil, em prol das primeiras conquistas a favor da observação dos direitos fundamentais do acoimado, mesmo que vistas apenas na letra da lei. Há tempo, não havia muita efetividade quanto à execução das garantias de direitos dos apenados.

Finalmente é chegada a hora da década de 70, durante a qual ocorreu a Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema prisional no Brasil, de fundamental importância para a abertura da discussão sobre o cárcere e suas finalidades objetivas. Este passo trouxe ao debate a importância da ressocialização do condenado preso e ainda, a questão da institucionalização sobre o tema carcerário.¹⁶⁵

No entanto, reconhece-se que foram manifestações insuficientes, pois as disposições da Lei de Execuções Penais Brasileira foram ignoradas e não foram postas em práticas efetivamente. A lei penal e a realidade prisional eram totalmente antagônicas; era necessária uma revisão geral do sistema prisional e a observação fiel dos novos parâmetros da LEP a serem aplicados.

Havia esperanças que o sistema penitenciário brasileiro pudesse ser modificado com o advento da nova lei, mas observou-se um descaso total. A mudança de um sistema carcerário enraizado no positivismo parecia por ordem impossível, todavia, almejavam-se ao

¹⁶⁵ TEIXEIRA, Alessandra. Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção: O Percurso Contemporâneo do Sistema Penitenciário Brasileiro. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - USP, 2006, p. 62.

menos, medidas de intervenção nas prisões brasileiras, como prometido na letra da LEP, que impedissem a tortura e dessem direito de reivindicação ao apenado.¹⁶⁶

Assim, afirma-se que é muito recente, no Brasil, o dever olhar atento para o sistema penitenciário e para os direitos dos apenados. Não havia qualquer intenção de se considerar uma problemática em relação aqueles seres humanos encarcerados em lugares inóspitos e impróprios, pois de acordo com o entendimento geral da sociedade, estes deviam pagar com suas próprias vidas os erros que cometeram contra o convívio social.

A execução da pena deve ser vista efetivamente como um instrumento fim para ressocializar um sujeito detentor de direitos, uma situação posta na letra da lei, mas esquecida na prática. A maior parte da população ressarça a ideia de que o ser humano que está encarcerado cumprindo pena seja ainda detentor de direitos e deveres, dificultando mais ainda o efetivo olhar para a situação carcerária.

Na letra da lei, foi em 1984 que nasceu a ideia de se considerar o apenado um sujeito detentor de direitos na execução da pena, com o advento da LEP, mas, na prática da realidade prisional brasileira, a implementação de tais direitos foi e é, ainda hoje, uma questão que obteve pouco sucesso.

A efetivação de novas leis que trazem melhorias para o tratamento de seres humanos presos dentro de um espaço carcerário enraizado em falhas milenares ainda é uma questão de grande enfrentamento para os especialistas que atuam na execução da pena no Brasil. Esta situação ainda persiste porque não basta apenas o reconhecimento por parte da LEP de que um sujeito preso é detentor de direitos fundamentais.

A sociedade e a atual organização dos três poderes no Brasil falharam em reconhecer o sujeito acimado como um ser humano detentor do *status* de sujeito de direito, mesmo depois da efetiva promulgação da LEP. Ainda é necessário que a sociedade e os órgãos

¹⁶⁶ Neste ínterim, frisa-se que a LEP foi conceitual e inovadora na letra da lei, mas, na prática, é visível que foi pouco aplicada. Os doutrinadores que lutavam pelo reconhecimento dos direitos do preso almejavam a criação de uma nova medida que intervisse na questão prisional. Necessitava-se de uma medida que permitisse que os direitos dos presos pudessem ser reivindicados, uma mudança completa na visão direta da execução da pena. Era uma luta constante contra a tortura naturalizada que se estabeleceu nos presídios brasileiros. A aplicabilidade dos preceitos da LEP era necessária em um contexto cruel da realidade prisional no Brasil. TEIXEIRA, Alessandra. ob. cit., p. 74.

responsáveis pela questão prisional no Brasil reconheçam esse *status* ao indivíduo encarcerado.

Ainda neste íterim, a importância de caracterizar o apenado como um indivíduo com *status* de sujeito de direito por todos mantém-se, uma vez que não basta somente o reconhecimento pela lei sobre os direitos do apenado; é necessário, também, que a condição de sujeito seja reconhecida por todos os outros homens disponíveis na sociedade.

No entanto, não houve esse reconhecimento, não há a alteridade. O acimado sempre foi e ainda é considerado aquele ser humano que deve ser esquecido atrás das grades, pois cometeu um ato afrontoso contra a moral e os bons costumes sociais. Não há reconhecimento social para o indivíduo preso, que sempre é tratado com discriminação por ser infrator real.

A sociedade e o Estado brasileiro, na figura dos três poderes não estão interessados na situação do ser humano em cumprimento de pena; não há reconhecimento específico dos direitos daquele que infringiu os limites. Não há verdadeira importância voltada ao homem encarcerado, uma vez que a ideia milenar discriminatória ainda persiste no pensamento social.

Existe uma repulsa social que provoca a discriminação do sujeito encarcerado e por isso, o Estado não realiza de forma incisiva o reconhecimento do *status* jurídico dos direitos conquistados pelos presos, ao longo do tempo. Se não há interesse por parte da coletividade social em relação a uma possível ressocialização do apenado, não há esforços de direcionamento pelo Estado.

Falar sobre a digna execução da pena é confrontar o desejo social, na verdade, não há um pensamento coletivo pelo bem daqueles excluídos pela sociedade. A fome social de punir por punir é regra de uma postura historicamente construída, um legado deixado pelo pensamento vivido nos tempos de conceito comum da punição na Idade Média.

A discriminação social direcionada ao apenado é o sentimento regra na sociedade. Deve-se compreender tal assunto como a ausência e a debilidade da visão ressocializadora da finalidade da pena. A sociedade apresenta uma falta de conhecimento sobre a ação dessocializadora e sobre a perspectiva para a minimização da desconsideração do preso como pessoa detentora de direitos, que consiste na percepção de ideais, como a solidariedade social.

Para que o Estado passe a efetivar incisivamente as normas da LEP, deve haver interesse direto social. Os atos do poder são reflexos daquilo que é almejado pelas pessoas da sociedade. É necessário redescobrir a educação quanto ao entendimento da solidariedade social, há tempos esquecida pela necessidade de aprisionar e punir, pura e simplesmente.

Ocorre que não houve a evolução do pensamento social no que diz respeito à questão da ressocialização do apenado e ao possível regresso do mesmo para o convívio social. Há necessidade de um entendimento sobre combater as consequências nocivas da privação de liberdade na vida do recluso, pois haverá o retorno do mesmo para a sociedade que tanto o discriminou e o excluiu.¹⁶⁷

Assim, ainda, a intuição da concepção positiva para diminuir a forma de desconsideração do acoimado como pessoa possuidora de direitos está voltada para o aumento da solidariedade social. Este pensamento é posto ao indivíduo social pela Revolução Francesa que trouxe os três conhecidos princípios: liberdade, igualdade e fraternidade.

A solidariedade social está diretamente inter-relacionada com a fraternidade. Até hoje, a lição trazida pela revolução na França é implementada pela lei penal, no entanto, não é entendida ou praticada, sendo ignorada pela maior parte da população.

A liberdade, a igualdade e a fraternidade ainda são um desafio a ser concretizado de forma geral e, mais ainda, na questão dos encarcerados. Não se tem a visão de que um homem preso é detentor de direitos, a ideia ainda remonta ao que foi ensinado no passado, onde o indivíduo que cumpre pena é apenas mais um ser humano que deve pagar pelo erro cometido e nada mais.

Um grande desafio na execução da pena e no sistema carcerário é a implementação e a efetivação, desde meados do século XIX, da terceira lição da Revolução Francesa, a

¹⁶⁷ Neste sentido, considera-se que o princípio do *Nihil Nocere* idealiza a questão de combater as consequências ominosas da privação de liberdade do recluso quando se encontra na situação do cárcere. No sentido direto, deve-se considerar a interferência quando a questão atual do sistema penitenciário que não observa a necessidade de se evitar a dessocialização do recluso. São inúmeros os atos contra a socialização do apenado no atual contexto prisional brasileiro, sendo múltiplas as questões impeditivas e não podendo ser aqui abordadas uma por uma. A organização concreta da prisão não deve reforçar a carga descriminalização social trazida pelo processo penal; as limitações de direitos não podem autorizar tratamentos desumanos e obscenos dentro do cárcere. A finalidade geral da pena foi esquecida pelo Poder, incentivada pela sociedade e justificada pela mídia. Punir por punir e saciar a necessidade de resposta imposta pela sociedade encobriu a vertente principal da execução da pena, a ação socializadora. RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p. 47 apud Cfr. H. SCHULER – SPRINGORUM, Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, 1969, p.178 s.

fraternidade. Observa-se a dificuldade da reprodução social e, por parte do Estado, da efetivação do pensamento fraternal, também entendido como a solidariedade social.

Neste viés, deve-se absorver a solidariedade social através da fraternidade e assim, posteriormente, se almejar a mudança do pensamento social e do Estado, conferindo, assim, efetivamente e, não só na letra da lei, o *status* de sujeito de direito ao homem encarcerado.

3.4.2 A DISTÂNCIA ENTRE LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Ao contrário do que consta da Constituição da República Federativa Brasileira consoante com a LEP, sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, em relação aos critérios de cumprimento de pena do apenado e quanto à estrutura do cárcere, as penitenciárias brasileiras são um descaso falido do Poder Público.

A Carta Magna e as legislações penais determinam que o Estado seja o detentor do poder de punir, mas que, também, assegure a manutenção dos direitos e das garantias fundamentais e individuais da pessoa humana. No entanto, o cenário do sistema penitenciário brasileiro é exatamente o contrário do disposto na letra da lei.¹⁶⁸

O cárcere no Brasil destaca-se pelas péssimas situações estruturais, é ineficaz e desumano em todos os ângulos de análise. A Lei de Execuções Penais em seu artigo 1º ordena que a execução penal tenha por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal destinadas do júízo criminal competente e, ainda, proporcionar condições para a harmoniosa integração social do condenado e do internado.

A LEP na atualidade é fortemente contrariada no Brasil. A ineficiência das políticas públicas em relação ao combate da superlotação estrutural, quanto à insalubridade e o impedimento dessocialização são, entre outros, problemas evidentes na execução da pena e no sistema prisional brasileiro.

¹⁶⁸ O artigo 60º, §4º, IV da Constituição Federativa Brasileira de 1988 traz como cláusula pétrea imodificável o acesso de qualquer indivíduo aos direitos e às garantias individuais, mesmo que encarcerado. No entanto, a realidade insalubre e torturante do sistema penal brasileiro é totalmente contrária ao que deveria ser real e indiscutível. Não há atenção alguma aos direitos individuais do ser humano preso, a realidade dispõe de prisões superlotadas, insalubres e sem um objetivo ressocializador.

Na letra da lei, temos uma realidade, mas situação atual do sistema carcerário brasileiro podemos visualizar uma conjuntura completamente diferenciada. O ser humano aprisionado não tem seus direitos respeitados e, por muitas vezes, o Estado e a Justiça esquecem até mesmo o *status* de ser humano do indivíduo acoimado.

Assim, como é de conhecimento mundial, o sistema penitenciário brasileiro é alvo de notícias e de críticas o tempo todo. Na legislação atual, encontramos os direitos resguardados e não providos aos presos, como no artigo 38 do Código Penal Brasileiro, no qual se encontra a disposição sobre a necessidade de conservação de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, devendo estes ser assegurados por parte do Estado.¹⁶⁹

Outro artigo que disserta sobre os direitos irrenunciáveis dos detentos, sendo presos provisórios ou definitivos, está diretamente previsto na LE: o artigo 3º dispõe que aos condenados e internados serão assegurados todos os direitos disponíveis não demandados pela sentença ou pela Lei. Outro dispositivo legal esquecido na letra da lei diante da atual situação carcerária brasileira.¹⁷⁰

Na atualidade, a má gestão e o descaso do Poder Público são das características principais para justificar a falência do sistema carcerário brasileiro. Mesmo que haja esforços por parte de alguns órgãos da justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Justiça responsável pela Execução da Pena, em relação à luta pelo cumprimento da letra da lei no sistema penitenciário, há ainda, pouca efetividade e uma relutante inércia.¹⁷¹

¹⁶⁹ Artigo 38 do Código penal Brasileiro: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. PENAL, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. ob. cit., p. 152.

¹⁷⁰ Artigo 3º da Lei de Execuções Penais: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. PENAL, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. 2ª Edição Revisada, atualizada e ampliada. Editora Armador, 2014, Recife, PE, Brasil, p. 624.

¹⁷¹ Sobre a situação de inércia e descaso do Poder Público em relação ao sistema carcerário e a tentativa da Justiça Brasileira de reverter a situação: “A juíza Márcia Martins Pereira, em atuação pela 6ª Vara do Trabalho de Cuiabá, condenou o Estado de Mato Grosso, por meio da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos (Sejudh), a pagar 500 mil reais de dano moral coletivo pelo descumprimento de uma série de normas relacionadas à higiene, saúde e segurança no trabalho nas unidades prisionais da região metropolitana da capital. A decisão ocorreu em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho(MPT/MT).” Processo número: 0000042.16.2013.5.23.0006. Disponível em: https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/112166865/presidios-insalubres-estado-de-mato-grosso-e-condenado-em-500-mil-por-dano-moral-coletivo?ref=topic_feed. Acesso em: 02.01.2017.

Outro ponto a ser destacado quanto à situação do preso, internando nas penitenciárias brasileiras, e quanto à efetividade da legislação atual, é a dificuldade de acesso à justiça na fase da execução penal. Os contingentes de profissionais nas varas judiciais da Justiça da Execução da Pena, na atuação da Defensoria Pública e em relação à efetividade do Ministério Público são, em quantidade de pessoal, insuficientes à demanda levantada pela situação dos presos no cárcere.

Há um grande déficit face à quantidade de Defensores Públicos¹⁷² relativo ao contingente populacional brasileiro, por isso, mesmo com o impulso para garantir uma justiça gratuita¹⁷³, fica comprovada a falta de acesso dos acimados aos profissionais que possam resguardar e garantir os seus direitos durante a execução da pena.

A maioria dos detentos não possuem recursos financeiros para serem atendidos por advogados particulares e o acesso à justiça gratuita fica reduzido pelos motivos expostos acima. Este ponto é relevante na averiguação da situação de falta de acessibilidade a Justiça de Execução Penal que um detento está sujeito no Brasil.

Assim, o sistema judiciário brasileiro não consegue dispor com excelência sobre tudo que está garantido pela legislação atual e, ainda, é visível que o Estado não consegue garantir os direitos dos detentos. O sistema prisional não acompanha o crescimento carcerário e o aumento da violência, logo, a população carcerária cresce em um nível desigual ao número de vagas.

¹⁷² Sobre esta questão, resta evidenciada a situação crítica dos presos quanto ao acesso à justiça, uma vez que, a grande maioria dos apenados se encontra em situações financeiras de pobreza e não podem pagar um advogado particular. A Defensoria Pública no Brasil é o órgão responsável à garantia ao acesso da justiça para pessoas desprovidas de meios econômicos para tal. Neste sentido, em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou uma pesquisa de levantamento quanto à proporção de defensores ativos para os fóruns e comarcas brasileiras, dispondo: “A ANADEP e o Ipea lançaram, em março, uma pesquisa inédita que comprova a falta de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras, ou seja, a Defensoria Pública só está presente em 754 das 2.680 comarcas distribuídas em todo o país”. Disponível em: <http://www.mestradoprofissional.gov.br/sites/mapadefensoria>. Acesso em: 03.04.2017.

¹⁷³ A justiça gratuita conferida às pessoas que possuam situação de insuficiência de recursos é um dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana sobre os direitos e deveres individuais, devendo ser conferida pelo Estado, segundo a Carta Magna Brasileira. A Constituição Federativa Brasileira de 1988 em seu art. 5º, LXXIV dispõe que: “O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. Constituição da República Federativa do Brasil, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. ob. cit., p. 23.

Como consequência, outra questão a ser abordada, é o caso das violações cometidas, quando há um atraso na concessão de benefícios e direitos garantidos pela lei para os detentos, por parte da Justiça Executória. Como por exemplo, a deliberação de decisões como a progressão de regime¹⁷⁴, acesso a atendimento médico¹⁷⁵, ascensão a vaga de trabalho¹⁷⁶ ou estudo¹⁷⁷. São todos direitos garantidos pela lei e negligenciados pela justiça e pelo sistema prisional.

A justificativa para a realidade prisional no Brasil está embasada no aumento da violência e conseqüentemente, na adição do contingente carcerário. A precariedade, a insalubridade e o descaso do Poder Público tornam os presídios uma verdadeira fábrica de torturas e de dessocialização. A quantidade de doenças físicas e mentais apresentadas pelos detentos ao longo do cumprimento da pena é fato real e ativo.

Os presos sofrem violências de todos os lados, a ineficiência da Justiça, a falta de Defensores Públicos, os estabelecimentos em condições desumanas, uns contra os outros por engrandecimento de poder e, ainda, por parte dos agentes prisionais que não possuem outros meios senão a violência para conter a própria violência.

Muitos são os manifestos dentro das prisões e das casas de detenções contra todos os direitos diariamente violados. O caso mais conhecido no Brasil e espalhado no mundo pela

¹⁷⁴ A todo condenado a pena privativa de liberdade, com o lapso temporal, terá acesso à progressão de regime no tempo estipulado. Artigo N° 112: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. Lei de Execuções Penal N° 7.210, de 11 de julho de 1984, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. ob. cit., p. 636.

¹⁷⁵ Em relação ao acesso ao atendimento médico, que também deve passar por decisão judicial competente da Vara de Execuções Penais, o detento tem seu direito resguardado pelo Artigo 14 N°: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”. Lei de Execução Penal N° 7.210, de 11 de julho de 1984, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. ob. cit., p. 625.

¹⁷⁶ A LEP estabelece o direito ao condenado a acesso digno ao trabalho com objetivo educativo e produtivo com fins voltados a ressocialização. Artigo N° 28: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.” Lei de Execução Penal N° 7.210, de 11 de julho de 1984, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. Op. cit., p. 626.

¹⁷⁷ O direito à escolaridade dentro do cárcere torna-se muito importante para fins reeducativos e de posterior reinserção do apenado na sociedade. No entanto, é mais um dispositivo legal esquecido na realidade dos presídios brasileiros. Artigo N° 17: “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e formação profissional do preso e do internado”. Lei de Execução Penal N° 7.210, de 11 de julho de 1984, Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. ob. cit., p. 625.

impressa, ocorreu em 1992, o conhecido Massacre do Carandiru, no qual, depois de uma rebelião intramuros, 111 presos foram mortos pela polícia que tentava conter a violência dentro do presídio sitiado. Foi a maior chacina registrada dentro do cárcere no Brasil.¹⁷⁸

O fato apresentado ocorreu há cerca de 20 anos atrás, mas é uma realidade ainda muito presente no sistema carcerário brasileiro, tanto quanto a questão da superlotação, como em relação às incidentes rebeliões. De uma forma geral, vemos uma legislação totalmente abrangente e um sistema carcerário falido, onde as pessoas que cumprem pena são esquecidas ao seu próprio destino.

Segundo os dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais pelo Geopresídios, que é um projeto que dispõe sobre a radiografia do Sistema Prisional Brasileiro, com dados recolhidos pelo Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP) e em parceria com o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro, o contingente da população carcerária é bem maior do que aquele que as casas penais suportam. A superlotação é um quadro permanente no cenário do sistema penitenciário brasileiro.¹⁷⁹

No mais, em 2012, foi feita uma pesquisa estatística sobre o excesso da população carcerária, que constatou ainda mais a ineficiência das casas penais e o descaso do Poder Público. O Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Brasileiro, através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, expuseram em pesquisa que a quantidade de vagas era ínfima em relação à quantidade de reclusos.

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Até 2012, os números apontavam para o total de 513 713 reclusos. O Departamento Penitenciário Nacional

¹⁷⁸ O complexo penitenciário do Carandiru foi palco do maior massacre ocorrido dentro de casa de detenção no Brasil. O estabelecimento era situado no Estado de São Paulo, apresentava péssimas situações estruturais e quanto à gestão. Esta casa penal suportava, em 1992, à época do acontecimento, 7257 prisioneiros, mais do que o dobro da capacidade estabelecida. A rebelião prisional começou com o objetivo de reivindicar direitos há muito esquecidos. O episódio teve início no pavilhão número 9, que continha 2706 detentos, onde ocorreu à revolta. A ação dos policiais é tida como um dos mais violentos casos de repressão à casas de detenção do mundo, segundo Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA). Dados recolhidos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Por Eliane Patricia Cruz em 09.10.2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14087-Passados-20-anos-nao-ha-condenados-pelo-Massacre-de-Carandiru>. Acesso em: 03.01.2017. Sobre o tema também, ver, VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. São Paulo, editora Companhia das Letras, 1999.

¹⁷⁹ As pesquisas em relação à quantidade populacional carcerária nacional revelam os seguintes números; presos em regime fechado são 297 317; presos em regime semiaberto são 97 515, presos em regime aberto são 9 507, presos provisórios são 255 495, presos em prisão domiciliar são 5 515, o total de presos contabiliza 665 349, ainda, os números de presos internos em cumprimento de medida de segurança 3 459. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 15.03.2017.

apresentou em pesquisa, que até a época, havia 22 583 vagas femininas e 28 104 masculinas, totalizando um número muito maior do que o suportável. Constatou-se um déficit de 34,65 % de vagas no total e, ainda, devendo se considerar a entrada de aproximadamente 3 mil novos presos por mês.¹⁸⁰

Considera-se também, que a maioria das reclusas e dos reclusos tem baixa escolaridade e estão à margem da sociedade, apresentando condições financeiras paupérrimas, sendo ainda massacrados pelo preconceito discriminatório. Assim como em Portugal, a maior parte dos detentos que está preso ou aguardando julgamento corresponde pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

A Constituição Federativa da República, o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal são legislações completas quanto o resguardo e as proteções das garantias fundamentais da pessoa humana, mas a efetivação dessas normas está bem distante da realidade prisional brasileira.

¹⁸⁰ Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, R010, Página 1 de 1. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 03.05.2017.

3ª PARTE

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – ANÁLISE DA MEDIDA CARCERÁRIA BRASILEIRA

4. A ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO, LEI Nº 10.972 DE 2003

Adentra-se, no presente quesito da dissertação de mestrado, na delicada e complexa questão da problemática do Regime Disciplinar Diferenciado (medida disciplinar brasileira) e para isso, anteriormente, fez-se necessário o estudo da prisão e da execução da pena, para, então, complementar o entendimento sobre este próximo instituto jurídico a ser estudado.

Até onde vai o direito de punir e de aplicar medidas disciplinares? A finalidade retributiva e preventiva da execução da pena cumprem um papel mais incisivo no ativo da execução penal, mas as medidas disciplinares estabelecidas e a situação carcerária atual promovem o esquecimento da terceira, última e mais importante finalidade da pena: a ressocialização.¹⁸¹

A questão torna-se cada vez mais urgente no meio criminológico e a ressocialização deve atingir patamares mais incisivos e mais concisos na resposta ao aumento da violência dentro e fora do cárcere. A subcultura prisional assumiu uma função enorme na dessocialização do condenado e, por consequência, não combate as decorrências nocivas da privação de liberdade e da “escola de crimes” que se organizou dentro das prisões.¹⁸²

Além de todas as normas penais existentes, mas não devidamente efetivadas como deveriam na prática¹⁸³, o problema carcerário nos tempos hodiernos, vai além do que pode-se

¹⁸¹ Reflete-se sobre o esquecimento da ressocialização quando existem punições severas e desumanas fantasiadas de medidas disciplinares impostas dentro do cárcere. Assim: “Para punir o homem é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias.” SYKES, Gresham M. *The Society of Captives*. New Jersey: Princeton University. 1972. p.9. (tradução livre).

¹⁸² Assim, observa-se o ensinamento: “O primeiro objetivo deve ser o de evitar a dessocialização do recluso. É um efeito que a criminologia tem realçado, ao chamar a atenção para os fatores de <<infantilização>> e de <<subcultura prisional>> como típicos da ação dessocializadora exercida pela prisão. Socialização deve querer dizer, numa primeira análise, que estes obstáculos à sua realização devem ser afastados. Retorna-se conscientemente o programa descrito pela doutrina através da fórmula *nihil nocere*: combater as consequências nocivas da privação da liberdade.” RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. P. 160 apud H. SCÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, p. 178 s.

¹⁸³ Neste ínterim, retorna-se a questão outrora tratada na presente dissertação, em relação a linha tênue diferenciadora entre normas que constam na lei penal e como e se são efetivadas na realidade do sistema prisional.

perceber apenas em linhas retas. A questão está em torno da ideia de que o indivíduo aprisionado deve ser esquecido e torturado pelas situações existentes dentro do cárcere. A sociedade e o Estado esquecem, por muitas vezes, que o acoimado transgressor não deixa de ser uma pessoa detentora de direitos e de garantias fundamentais, sendo, inclusivamente, possuidora da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁴

No entanto, visualiza-se a perda de percepção da dignidade humana do condenado, no que diz respeito à aplicação do direito de punir e em relação aos limites alcançáveis de determinadas medidas disciplinares, impostas dentro do cárcere.

Assim, no presente momento estuda-se o RDD, uma medida disciplinar que surge com uma legislação embriagada no pânico emergencial propondo resolver conflitos simbólicos estaduais, mas logo após, assume caráter nacional e é efetivada e sacramentada como medida certa a ser inserida no ordenamento jurídico sem tempo de duração prevista.¹⁸⁵

Assim, o presente texto dissertativo de mestrado segue a explicar a problemática inserida na medida disciplinar, intitulada de Regime Disciplinar Diferenciado, dentro do ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos na vida do cárcere, objetivando o melhor entendimento dos limites da punição e da efetiva observação da dignidade do ser humano aprisionado.

Neste sentido, de acordo com dados específicos apresentados por Salo de Carvalho e Cristina Russomano Freire, a necessidade de implementação da medida disciplinar denominada Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) nasceu no contexto histórico do desencadeamento de várias rebeliões nas penitenciárias brasileiras, que tiveram início mais

¹⁸⁴ Neste quesito, cita-se: "Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana". SANÉ, Pierre. *Prisões e Violação de Direitos Humanos*, Folha de São Paulo 25 de junho de 1999, caderno 1, p. 3.

¹⁸⁵ Assim, como exposto: "há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de 'reação simbólica' que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma reação puramente simbólica, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social." HANSSEMER, Winfried. *Três temas do Direito Penal*. Porto Alegre. Fundação Escolar Superior do Ministério Público, 1993, p.86.

precisamente no Estado de São Paulo.¹⁸⁶

Ocorre que, segundo Salo de Carvalho, no início de 2001, se registou o maior complexo de rebeliões já registrado no Brasil. A paralisação, através das manifestações, afetou 25 unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e quatro cadeias de responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.¹⁸⁷

As principais reivindicações, à época, estavam consubstanciadas no retorno dos detentos que foram líderes de crimes organizados para o Complexo Carandiru, pois os mesmos haviam sido removidos para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté (CTT), onde as regras aplicadas eram altamente severas e arbitrárias. Os condenados sofriam constantes ataques no que diz respeito ao direito à dignidade da pessoa humana e as rebeliões reivindicavam mudanças neste quadro.

Segundo Cristina Freire¹⁸⁸, os apelos consubstanciaram-se em situações reais que aconteciam, por exemplo, no Anexo CCT, onde os presos deveriam permanecer reclusos por 23 horas em suas celas e teriam direito apenas a uma hora de banho de sol e de deslocamento livre dentro da prisão, devendo permanecer, ainda, algemados e em estrito silêncio, durante este período fora da cela.

Os detentos apresentavam situações e lutavam por melhorias na estrutura do cárcere em suas reivindicações diretas pelas rebeliões instaladas; era a ideia de violência reivindicatória em resposta à violência institucional. Os protestos confirmavam o déficit de estrutura dos presídios, que eram e ainda são desumanos e confirmavam, também, o tratamento rígido que existe por parte da administração e dos agentes prisionais para com os presos, além do difícil acesso à higiene pessoal e à saúde.

Dentre os pontos mais importantes, tornaram-se evidentes as péssimas condições estruturais do cárcere, os maus tratos efetivos contra os presos, a alimentação degradante, o excesso de arbitrariedade por parte da administração e outras problemáticas que necessitavam de observação com urgência.

¹⁸⁶ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 18 4(1):7-26, Jan.-Dez. de 2005, p.10.

¹⁸⁷ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit. p.11.

¹⁸⁸ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit. p.13.

Diante da situação de horror instalada nas penitenciárias brasileiras, como expõe Freire¹⁸⁹, promovida pelas rebeliões e, também, considerando o clamor da sociedade que acompanhava a situação pelas notícias de redes televisivas, o Poder Estatal percebeu a necessidade emergencial de se implementarem medidas disciplinares imediatas.

O objetivo central era impedir a continuação dos manifestos dentro do cárcere, no qual se constatava grande violência, que resultava na morte de presos, de policiais e de agentes prisionais. As rebeliões foram tão afrontosas que amedrontaram o Estado e a sociedade. Houve uma comoção social grandiosa e a forma retributiva que o Estado encontrou para tentar esgotar as séries de rebeliões, foi criar medidas disciplinares de emergência para estancar o que estava acontecendo no sistema prisional no Estado de São Paulo.

Entre outras medidas fracassadas, surgem as edições de algumas Resoluções Legislativas Estaduais (em primeiro estágio para o Estado de São Paulo), como tentativa de recuperar e de assegurar a disciplina, a organização e a ordem nos cárceres que aderiram à rebelião.

Desta forma e em caráter emergencial, nasce a primeira Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, na qual se introduziriam as primeiras ideias sobre o RDD, a denominada Resolução SAP n.º 26, de 4 de maio de 2001, que instituiu as medidas administrativas a serem tomadas contra as rebeliões e, pela primeira vez, o início do que seria, mais tarde, o regime disciplinar diferenciado e o modo como este seria aplicado aos detentos.¹⁹⁰

De acordo com a Secretaria da Administração Penitenciária da Assessoria de Imprensa do Estado São Paulo, as experiências de aplicação das primeiras ideias do RDD iniciavam-se, efetivamente em cinco unidades prisionais, quais sejam; Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras, Penitenciária I de Avaré e Casa de Custódia de Taubaté.¹⁹¹ Estas casas penais estavam inseridas no complexo de rebeliões e eram as mais violentas e as mais relutantes.

¹⁸⁹ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit, p.10.

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. Execução Penal. 11ª edição ed. rev. atual. São Paulo. Editora Atlas, 2004, p.149.

¹⁹¹ Secretaria da Administração Penitenciária da Assessoria de Imprensa do Estado São Paulo. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em 03 de abril de 2016.

Neste sentido e, como exposto pela Secretária, após a utilização da referidas primeiras medidas, fora interrompida a aplicação da resolução SAP n.º 26, nas penitenciárias acima citadas, pois se criou o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, outra medida emergencial utilizada para abrigar os líderes das fações e para que apenas estes determinados criminosos permanecessem sob as regras que mais tarde deram início ao que seria o regime de disciplina diferenciado.

Observa-se então, que a Resolução SAP n.º 26 de 2001, primeiramente, tinha como objetivo atingir os líderes de fações criminosas e fazer cessar as constantes rebeliões, como explicita em seu art. 1º. Era uma medida emergencial com finalidades precisas: deter os comandantes das rebeliões e estancar o estopim que estava acontecendo nos cárceres de São Paulo.

A referida resolução, também, direcionou a quem se destinariam e se aplicariam as medidas de disciplinas; como posto, também, referia-se às unidades penitenciárias abaladas pelas rebeliões, aos líderes e aos integrantes de fações criminosas e aos presos cujos comportamentos exigissem tratamento específico de contenção por “mau” comportamento.

Posteriormente, observando ainda os dados históricos dispostos pela Secretaria da Administração Penitenciária e Assessoria de Imprensa do Estado São Paulo¹⁹², nasceu outra resolução, a Resolução SAP n.º 49, editada em 2002.

Por sua vez, a referida resolução aduzia um processo de disciplina ainda mais rigoroso e, apresentava normas que instauravam as determinações quanto às restrições dos direitos dos presos que fossem postos sob regime de disciplina. No entanto, desta vez, a resolução alcançou outras questões como a restrição do direito de visita e de contato, dos presos com os seus advogados e os seus familiares. Sendo assim, considera-se mais uma resolução que ocorreu à época e que inspirou o surgimento do RDD.

Após as efetivas aplicações de regimes de disciplinas diversos e que não alcançaram o objetivo proposto pelo Estado, ainda em 2002, mais precisamente a 4 de fevereiro, edita-se a Medida Provisória n.º 28 que, finalmente, estabeleceu, em seu artigo 2º, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. No entanto, a mesma não foi aprovada pelo Congresso

¹⁹²Secretaria da Administração Penitenciária Assessoria de Imprensa do Estado São Paulo. ob. cit. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

Nacional Brasileiro.¹⁹³

Esta medida provisória apresentada ao Congresso Nacional avançou quanto às características de implementação do RDD e o Estado entendeu que as resoluções anteriores estavam sendo insatisfatórias no combate das rebeliões e do “mau” comportamento que os presos apresentavam.

Diante deste breve contexto e análise de vários acontecimentos, observou-se que as resoluções adaptativas e experimentais que desencadearam a consolidação e a “necessidade” de aplicação do futuro RDD, foram sendo formuladas com o tempo, diante das necessidades de medidas emergências contra as calorosas rebeliões no Estado de São Paulo. Assim, o Estado precisava consolidar de forma mais eficaz e incisiva uma medida disciplinar que trouxesse os resultados pretendidos: acabar com as rebeliões e evitar o comando de crimes por presos encarcerados.

Então, finalmente, nasce efetivamente o RDD, com a publicação da Lei 10.792 de 1 de dezembro de 2003, na qual se oficializaram as regras do regime pretendido e que trouxe por principal consequência a alteração da Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal. A lei foi um marco na história da legislação brasileira.

Houve uma grande comoção por parte dos doutrinadores brasileiros: alguns se pronunciavam a favor; outros questionavam a constitucionalidade da lei e outros doutrinadores ainda se manifestaram totalmente contrários às regras que criaram o Regime Disciplinar Diferenciado, apelidando-o de regime “plus fechadíssimo”¹⁹⁴.

Desta forma, sobre o sentido do RDD, escreveu a doutrinadora brasileira Christiane Russomano Freire, que expôs em relatos, sobre o nascimento de uma legislação consubstanciada em normas emergências e baseada no pânico, que por consequência traria mais violência, pois visualizava-se uma legislação vinculada à impunidade e contrária aos

¹⁹³ MIRABETE, Julio Fabrini. ob. cit. p. 149.

¹⁹⁴ Termo utilizado pelo doutrinador penalista brasileiro Luiz Flávio Gomes, para determinar o sentido do RDD, criticando-o como uma regra altamente arbitrária e fechada, que viola os direitos e as garantias fundamentais do preso. GOMES, Luiz Flávio. Palestra proferida em 15 de julho de 2004, em Canela. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela>. Acesso em: 15 de novembro 2016.

direitos e às garantias fundamentais dos presos, sendo estes provisórios ou condenados.¹⁹⁵

Diante do exposto, verifica-se que fora instalado, conjuntamente com o RDD, o sentimento de pânico dos presos, a tolerância zero por parte da administração e o aumento da inobservância aos direitos e às garantias fundamentais do preso uma vez que era necessário controlar a situação emergencial, sendo este argumento para fundamentar uma lei que foi consolidada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, ainda, deve-se observar que o RDD foi pensado em uma situação difícil e de caráter emergencial e, por isso, supostamente na prática, não observou como deveria exatamente os direitos fundamentais elencados na Constituição Federativa Brasileira, como se buscará mostrar no presente estudo.

Portanto, vale ressaltar que, conjuntamente com o nascimento do RDD, criou-se uma infinidade de questões a serem explanadas sobre a sua aplicação, muitas divergências doutrinárias e discussões dogmáticas. A perceptível arbitrariedade das normas e o questionamento sobre a constitucionalidade das regras do regime trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro novos desafios, a serem estudados, dentro do cenário do sistema carcerário.

4.1 O CONCEITO DA MEDIDA DISCIPLINAR CARCERÁRIA RDD

Para que se observe melhor a problemática do Regime Disciplinar Diferenciado, faz-se necessária a observação dos apontamentos conceituais dos doutrinadores brasileiros sobre a medida disciplinar. Como posto acima, as formas como o regime foi conceituado e entendido dispõem de complexas divergências que, então, analisaremos.

Segundo o ensinamento de Salo de Carvalho, o RDD, previsto na Lei 10.792 de 1 de dezembro de 2013, é uma modalidade de sanção punitiva disciplinar que visa atingir indivíduos presos em regime provisório e os condenados em regime fechado e semiaberto, com o principal objetivo de controlar de forma incisiva as atitudes do apenado.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Sobre o assunto, atenta-se as seguintes palavras: “A legislação de pânico, estava cultivando: cultura de emergência fundada no aumento da violência e a vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios ou condenados).” CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit. p.18.

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 18 4(1):7-26, Jan.-Dez. de 2005, p.25.

O RDD foi considerado, pelo doutrinador Luiz Flavio Gomes¹⁹⁷, como regime “plus fechadíssimo”, apresentando a ideia que o regime disciplinar foi realizado e admitido, em objetivo principal, para “tranquilizar” a sociedade que estava perturbada com o ciclo de rebeliões ocorrido no estado de São Paulo.

Neste sentido, para Gomes, o regime disciplinar aplicado como medida disciplinar carcerária nasceu em caráter emergencial e assumiu um papel esmagador dentro do processo de execução da pena, uma vez que formou um pequeno sistema de execução de pena administrativa secundária, em sua opinião doutrinária.¹⁹⁸

No mais, vale ressaltar ainda o entendimento de René Dotti, concordando com a ideia de que a legislação que criou o RDD se baseava no pânico e, assumiu o caráter penalizador através de normas que conferem mais violência e impedem a principal finalidade da execução da pena, qual seja: a ressocialização.¹⁹⁹

Como exposto, o RDD nasceu com o ímpeto de resolver o problema de disciplina nas prisões, mas esta ideia foi considerada, por parte da doutrina, como ilusória e insuficiente, pois além da situação carcerária insalubre, os presos passariam por mais um conjunto de regras arbitradas com rigor e de sentido totalitário dentro do cárcere.

Diante do exposto, e considerando a opinião sobre a medida disciplinar de parte da doutrina brasileira exposta, pode-se adentrar na conceituação do regime através de suas regras, analisando os dispositivos legais diretos e os discursos em torno dos mesmos.

Uma norma estipulada pelo RDD e bastante discutida pela doutrina está disposta no artigo nº 52 da Lei 10.792 de 1 de dezembro de 2013 e entende que o detento poderá ficar submetido à medida disciplinar, até a um máximo de 360 dias, devendo ser aplicada diretamente em casos em que se verifique “mau” comportamento ou participação em movimento que ameace a ordem ou a disciplina; ou, ainda, esteja ligado a fações criminosas,

¹⁹⁷GOMES, Luiz Flávio. Palestra proferida em 15 de julho de 2004, em Canela. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela>. Acesso em: 15 março 2014.

¹⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. ob. cit. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

¹⁹⁹Sobre o assunto, expõe-se: “(...) a tendência do Congresso Nacional em editar uma legislação de pânico para enfrentar o surto da violência e a criminalidade organizada e caracterizada pelo arbitrário aumento de pena de prisão e o isolamento diuturno de alguns condenados perigoso durante dois anos – além de outras propostas fundadas na aritmética do cárcere revela a ilusão de combater a gravidade do delito com a exasperação das penas.” DOTTI, René Ariel. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

detenha posse de instrumento capaz de ofender a integridade física, assim como se estabelecer comunicação com organizações criminosas e, ainda, se incorrer em prática de ato previsto como doloso que perturbe a ordem, dentro ou fora do cárcere.²⁰⁰

Neste ínterim, o Regime Disciplinar Diferenciado possui o conceito direto no sentido de assumir uma medida de disciplina drasticamente incisiva com o objetivo de punir e disciplinar e, ainda, quanto à questão do quesito preventivo, propõe impedir o cometimento de comportamentos indesejados dentro dos estabelecimentos penais.

Como próprio nome da medida de disciplina anuncia, esta deve ser observada como um mecanismo imposto com o pressuposto de medida diferenciada, visando restringir os atos do apenado que, por sua vez, já tem sua liberdade de locomoção atingida pelo cumprimento da sanção condenatória. Para além disso a medida acusa, também, ter por finalidade direta, restringir alguns direitos do preso sob a justificativa de controle e disciplina.

A referida impressão conceitual atribuída ao regime decorre de diferentes teorias críticas que analisam o instituto jurídico. Dentre todas, vale ressaltar o trabalho de três importantes doutrinadores brasileiros que conceituam a medida disciplinar, denominando-a por sua principal característica, mesmo que seja vista por diferentes aspectos e em diferentes pontos de vistas.

Assim, primeiramente, Salo de Cravalho²⁰¹ expõe que o RDD é entendido como um regime integralmente fechado “plus” e acrescenta incisivas críticas contra a aplicação do mesmo. Em segundo plano e partilhando do mesmo pensamento crítico, Luiz Flávio Gomes²⁰² dispõe que o instituto jurídico é um modelo de “regime fechadíssimo” que infringe as garantias e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Neste sentido, na terceira linha de pensamento, discordando com os doutrinadores acima citados, segue a conceituação de Júlio Mirabete²⁰³, que atribui ao RDD, à época da

²⁰⁰ Artigo nº 52 da Lei 10.792 de 01 de dezembro de 2013 (anexo I).

²⁰¹ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 207. Vide sobre o assunto também; CARVALHO, Salo de. *Tântalo no Divã (Novas Críticas às Reformas no Sistema Punitivo Brasileiro)*. Revista do IBCCRIM, São Paulo, a.12, n. 50, Editora Revista dos Tribunais, p. 91ª 118, set./out. 2004, p. 100.

²⁰² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, p.20. Acesso em 13.08.2013.

²⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. Editora Atlas. 11ª Edição 2004, p.116.

publicação da lei que o instituiu, que o mesmo recebe o conceito de regime de disciplina carcerário especial e é caracterizado e entendido pelo maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, utilizado como medida cautelar e que não extrapola as regras gerais de disciplina.

Diante do exposto, o RDD, por vezes é entendido como a sanção disciplinar mais drástica e difícil a ser aplicada a um detento, pois se desdobra em características duras e invasivas e, em outro sentido, entende-se que é apenas mais uma regra disciplinar necessária para combater os crimes e conter os apenados dentro do cárcere brasileiro.

Destarte, através da compreensão do breve conceito do regime estudado, vislumbra-se a necessidade de se entender o porquê que o RDD foi instalado, usado e entendido como uma medida disciplinar alternativa necessária a ser efetivada no ordenamento jurídico brasileiro, um requisito de poder utilizado pelo Estado, como instrumento de cumprimento de medida disciplinar administrativa dentro do sistema penitenciário brasileiro.

4.2 O RDD – PREVISÃO/ALTERAÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O RDD está diretamente relacionado com a Lei de Execução Penal brasileira qual seja, a lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1988 e ao Código de Processo Penal Brasileiro quanto à aplicabilidade e à atuação. Ocorre que, em dezembro de 2003, com a devida publicação da lei n.º 10.792/2003²⁰⁴, houve a edição da LEP e do CPPB, que assim, introduziu e oficializou o regime disciplinar diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, desde o início da implementação da medida disciplinar e as modificações à LEP e ao CPPB ocasionadas, foram palco para um grande desafio: a tentativa de suportar o RDD dentro do contexto jurídico e social, pois se considera que a criação do mesmo gerou inúmeros debates críticos, principalmente no meio acadêmico, pelos doutrinadores, mas também no meio social, não menos importante.

A rigorosidade das regras trazidas pelo RDD questionava o mínimo suportável pelos seres humanos aprisionados e, por isso, foi alvo de constantes críticas, mas era, também,

²⁰⁴ Lei n.º 10.792 de 1º de dezembro de 2003 que introduz e oficializa a medida disciplinar do Regime Disciplinar dentro do ordenamento jurídico brasileiro (anexo I).

justificada pelo aumento da violência dentro do cárcere que se tornou ao longo do tempo infindavelmente incontrolável.

O surgimento da nova lei, a edição na LEP e as modificações no CPPB introduziram o RDD à esfera nacional, pois a medida já estava efetivada e estabelecida nos sistemas penitenciários do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro, à época, pelas Secretarias de Administração Penitenciária dos respectivos estados.

A modificação ocorreu no sentido da abrangência legal do RDD, que tinha apenas aplicação estadual e passou a ser previsto e a poder ser aplicado em todos os presídios brasileiros, ou seja, no âmbito legal nacional.

Assim, com a adesão ao Regime Disciplinar Diferenciado e decorrentes modificações, temos uma nova medida disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro e, nas palavras de Luiz Flávio Gomes²⁰⁵, que criticou fortemente o instituto jurídico aqui estudado, expôs ao tempo, que havia entrado em vigor, o quarto regime penitenciário do Brasil.

Neste sentido, a nova lei alterou a LEP e o CPPB para inserir a medida disciplinar do RDD no ordenamento jurídico brasileiro e sua efetividade no sistema penitenciário. No Código de Processo Penal brasileiro surgiram alterações nos artigos 185 a 196, 261 e 360 e nos seus respectivos parágrafos e incisos. Na Lei de Execução Penal brasileira ocorreram modificações nos artigos 6º, 52, 54, 57, 58, 60, 70,72, 86, 87 e 112.

Neste íterim, percebe-se que surgiram várias alterações, como na legislação e no decreto lei acima citado e todas as normas implementadas deram direcionamento para a medida disciplinar, mas a mais importante a destacar foi a alteração que ocorreu na redação do art. 52 da Lei nº. 10.792/03 (LEP), pois a mesma dispõe sobre as linhas retas da efetivação do RDD e os maiores desafios a serem estabelecidos com o advento do regime.

²⁰⁵ Para o autor, o RDD foi considerado uma medida disciplinar de cunho fechadíssimo, maléfica e arbitrária e, ainda ressaltou, que a esta atribui-se uma notoriedade tão significativa que se entendeu que o RDD é um cumprimento de pena dentro da execução da pena, ou seja, um novo regime penitenciário brasileiro. GOMES, Luiz Flávio. Palestra proferida em 15 de julho de 2004, em Canela. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

Neste sentido e referindo-se a influência do RDD na LEP, deve-se observar o artigo 52 caput e seus § 1º e § 2º ²⁰⁶, para que se compreenda o direcionamento, a aplicabilidade e o funcionamento do regime e suas particularidades destinadas aos detentos inseridos no sistema prisional brasileiro.

Analisando o caput do referido artigo, entende-se que o RDD direciona-se quanto à sua aplicabilidade, para os condenados a cumprimento de pena em definitivo e, também, aos presos provisórios que cometerem fatos e atos descritos como crimes dolosos, sendo capazes de ocasionar subversão de ordem ou de disciplina interna no presídio ou, ainda, que ameacem o bem estar social fora do cárcere.

Neste sentido, nos termos do artigo 52 trazido pela Lei 10.792 de 2013 para modificar a LEP, considera-se que a prática de fato de subversão de ordem e de disciplina interna ou de ameaça ao meio social configura-se como falta grave e, conseqüentemente, direciona o réu a ser posto sob a regras da medida disciplinar RDD.

Analisando, ainda, tem-se que o § 1º do artigo 52, estipula a regra que o preso condenado ou provisório, nacional ou estrangeiro, que apresente qualquer ato de indisciplina ou demonstre alto risco para a sociedade ou, ainda, que ameace a ordem do estabelecimento penal poderá ser submetido à medida disciplinar.

Quanto à análise do § 2º do artigo referido, observa-se a norma sobre a inclusão do preso, condenado ou provisório, sobre o qual existam fundadas suspeitas de envolvimento ou de participação em organizações criminosas. Neste parágrafo do artigo, vale considerar que não há hipótese que inclua o estrangeiro preso, sendo provisório ou condenado, diferentemente do que fora estipulado no § 1º do referido artigo.²⁰⁷

²⁰⁶ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características(...)§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²⁰⁷ Artigo 52, § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

Sendo assim, observa-se que, não estando expresso na lei, se exclui a possibilidade de incluir o estrangeiro no RDD sob a justificativa baseada no § 2º, uma vez que a lei deve ser interpretada de forma restrita.

Outro artigo importante que deve ser observado é o artigo 53, mais precisamente em seu inciso V²⁰⁸, que também trouxe alterações a LEP. O inciso comentado dispõe a possibilidade de inclusão do preso no RDD, explicando que é uma modalidade de sanção disciplinar a ser aplicada a um detento.

Assim, examinando os dispositivos que criaram o RDD, percebe-se que a medida disciplinar tem como base de suas regras o recolhimento em celular individual, a restrição de visita (podendo receber apenas duas pessoas) e no máximo estipulado por duas horas semanais e, ainda, somente duas horas diárias de banho de sol.²⁰⁹

O réu poderá ser exposto ao regime em prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição de sanção por nova falta grave, mesmo sendo da mesma espécie.²¹⁰

Consideram-se ainda, as modificações da LEP: o RDD poderá ser aplicado até 1/6 da pena sentenciada ao réu condenado e o regime compreende a suspensão do contato do preso com o mundo exterior, vedando-lhe a consulta aos jornais, acesso ao rádio, à televisão e até mesmo as visitas íntimas. Portanto, o único direito que permanece ao aprisionado submetido ao RDD é a comunicação por meio de correspondências e a permissão de leituras em livros.

Ocorre que, através de suspeita de delito infracional ou crime tipificado, o diretor do presídio poderá solicitar a inclusão do apenado no regime. Resta configurada uma amplitude demasiada para a aplicação do RDD, uma vez que a promotoria e o juiz podem se fundamentar em quaisquer suspeitas para solicitar a colocação do condenado no regime.²¹¹

Por fim, tem-se que, além do esquecimento de alguns princípios basilares do direito penal e constitucional, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade da pena e o princípio da dignidade da pessoa humana, visivelmente não observados quanto às regras

²⁰⁸ Art. 53. Constituem sanções disciplinares: V - inclusão no regime disciplinar diferenciado da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²⁰⁹ Artigo 52 e inciso II, III e IV da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²¹⁰ Artigo 52, inciso I. da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²¹¹ Mais questões sobre o cabimento do RDD verão no tópico 6.4.

gerais estipuladas pelo RDD, o legislador, para não sepultar em linhas diretas com mais um dos princípios basilares do direito penal democrático, qual seja; o da legalidade²¹², criou também, as regras do procedimento referente a inserção do preso no RDD, direcionando alguns limites no quesito voltado às hipóteses de utilização e cabimento da medida disciplinar.

Assim, ultrapassadas as breves considerações quanto às questões importantes sobre as modificações que a Lei nº 10.792, de 2003, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, deve-se observar, no tópico a seguir, o cabimento da medida disciplinar, que também se faz de extrema importância para alcançar o objetivo geral da presente dissertação de mestrado.

4.3 O PROCEDIMENTO PARA A INCLUSÃO DO CONDENADO NO RDD – CABIMENTO

A efetivação das medidas disciplinares deve observar a função ressocializadora da pena?²¹³ No presente ponto da dissertação objetiva-se entender o cabimento da medida disciplinar proposta e, ainda, requer-se visualizar a importância de constatar o procedimento de realização do RDD e, se o mesmo está adequado com a finalidade da execução penal.

O procedimento para que um preso seja posto no RDD está disposto no artigo 52, caput e §§²¹⁴. Assim, de acordo com a legislação e como nós ensina Guilherme de Souza Nucci²¹⁵, existem três possibilidades de o apenado ser submetido à medida disciplinar. A primeira se consiste no ato de cometimento e de prática de crime doloso que cause transtorno de ordem e de disciplina interna do cárcere.²¹⁶

A segunda possibilidade está inserida na situação identificada, na qual os presos podem ser submetidos ao RDD, se cometerem atos de alto risco para ordem e a segurança do

²¹² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 61 a 65.

²¹³ Sobre o assunto, vale ressaltar os três pontos principais do pensamento socializador, que por sua vez, deve ser uma função final imprescindivelmente observada pela execução da pena. Assim: “(...) a renovação do pensamento socializador poderá condensar-se em três proposições de raiz normativa: o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção do Estado.” RODRIGUES, Anabela Miranda. *ob. cit.* p. 53.

²¹⁴ Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. Editora Revista dos Tribunais. 1ª Edição 2005.

²¹⁶ Artigo 52, caput. Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

estabelecimento penal ou, ainda, se ameaçarem a sociedade fora do cárcere. Nesta parte da medida disciplinar recaem os presos de nacionalidade brasileira ou estrangeira.²¹⁷

A terceira possibilidade de cabimento da medida disciplinar pode ser identificada, quando recaírem sobre o preso, provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou de participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.²¹⁸

Existe uma problematização visivelmente destacada na terceira possibilidade de cabimento da medida disciplinar acima citada. Senão vejamos, a questão está relativa sobre a possibilidade de a sanção disciplinar poder ser estabelecida ao condenado apenas por meio de suspeitas. Ou seja, se houver a vicissitude de suspeitas de participação ou de envolvimento em crimes, o encarcerado poderá ser encaminhado ao cumprimento do RDD.

Considera-se, assim, que, para aplicação do RDD, basta a configuração da suspeita do ato dito como crime, não há considerações à condenação ou ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deixando assim, dúvidas quanto à observância do princípio constitucional da inocência, que descaracterizaria qualquer sanção no direito penal.

Neste íterim, o que se pretende analisar neste assunto é que, de início, não há processo probatório para que se inclua um preso no RDD, existem apenas suspeitas sobre atos que violaram condutas tipificadas como crime que podem então, ensejar o cabimento da medida disciplinar.

Assim, queda-se muito perigoso aceitar uma decisão pautada em supostas possibilidades, pois o juízo de credibilidade probatória perde-se na insuficiência de meios justos e perde-se, ainda, atenção, como posto acima, ao princípio constitucional da presunção de inocência²¹⁹, mas é assim que ocorre no procedimento de inclusão no RDD.

²¹⁷ Artigo 52, §1º. Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²¹⁸ Artigo 52, §2º. Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²¹⁹ Art. 5º, LVII, Constituição Federal de 1988 dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, observa-se que o princípio constitucional da presunção da inocência foi esquecido pelo legislador. O princípio da presunção da inocência e também conhecido por alguns doutrinadores como “princípio da não-culpabilidade” queda-se ameaçado pela terceira forma de cabimento do RDD. BATISTA, Nilo op. cit. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 24 a 27.

Em continuidade, segundo a legislação²²⁰ e de acordo com considerações do Boletim IBCCRIM de janeiro de 2004²²¹, analisa-se agora a situação quanto à competência do procedimento de cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado.

Para que o preso seja submetido à medida de disciplina deve haver a iniciativa de requerimento para inclusão do mesmo, sendo os motivos baseados no que foi disposto acima, seja preso provisório ou condenado. Então, compete ao diretor do estabelecimento prisional, em que o preso se encontra cumprindo a pena ou aguardando julgamento, ou pode ser, também, de competência de outra autoridade administrativa, relacionada com o sistema penitenciário, como por exemplo, o Secretário de Segurança Pública do Estado e o Secretário da Administração Penitenciária.²²²

Como disposto no artigo 54, § 1º da LEP, o requerimento para um preso ser incluso no regime disciplinar deve ser fundamentado e passível de obrigatória manifestação por parte do Ministério Público, assim como deve haver defesa, sendo que se o apenado for defendido pela Defensoria Pública, o prazo para a manifestação será em dobro.²²³

Deste modo, analisando o disposto e de acordo com a legislação, após a manifestação de interesse por parte da autoridade competente, em incluir o réu no RDD, o procedimento de colocação deverá ser encaminhado ao juízo competente: o juízo da Vara de Execuções Penais, relativo ao processo de execução penal de que o apenado faz parte. Assim, será de competência do Juiz da V.E.P analisar, julgar e decidir sobre o requerimento solicitado.

A decisão do juiz quanto à inserção do réu no RDD deverá ser obrigatoriamente jurisdicional e totalmente motivada (mesmo que seja justificada em uma suspeita). No entanto, observa-se que o artigo 60 da lei discutida dispõe que o apenado poderá ser incluso

²²⁰ Artigo 54, caput da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²²¹ BOLETIM IBCCRIM, ano 11 nº. 134, janeiro 2004.

²²² Artigo 54, caput e § 1º da Lei nº 10.792 de 2003 (anexo I).

²²³ Vejamos na íntegra o artigo 54 da Lei de Execuções Penais, in verbis: Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003) § 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003) § 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

em isolamento preventivo por parte da autoridade administrativa, pelo prazo de 10 dias, se o mesmo estiver sob suspeita de ter incorrido nos crimes que ensejam a sua inclusão no RDD.

Não há previsão legal para que a ordem de inclusão do apenado ocorra de forma apenas administrativa, sendo vedada, então, essa possibilidade. O procedimento deve passar pelo juízo de valor do juiz competente da Vara de Execução Penal, sendo confirmado que deve ser a mesma vara que detêm o processo de execução originário.

Evidencia-se neste tópico uma grande problemática de coesão. A decisão do juiz será baseada em atos sugeridos pelos requerentes, não há processo de instrução ou de julgamento, não há efetiva investigação probatória como ocorre no processo de conhecimento penal, existem apenas alguns procedimentos em juízo para que se averigue a situação, e assim, para que seja comprovado o ato suspeito ou o crime cometido pelo apenado. O juiz da V.E.P apenas avaliará as condições do requerimento e decidirá sobre a inclusão do réu no RDD.

Adiante, de acordo com a Lei n.º 10.792 de 1º de dezembro de 2013²²⁴, o prazo para o juiz prolatar a decisão de inclusão do réu na medida disciplinar é de 15 dias. Vale ressaltar que o membro do Ministério Público não possui legitimidade ativa para requerer a inclusão do condenado no RDD.

Após a decisão do juízo da V.E.P, o réu poderá cumprir as sanções punitivas do RDD durante um máximo de 360 dias, de acordo com a legislação correlata. A lei afirma, ainda, que o prazo de cumprimento do RDD poderá ser decretado novamente ao mesmo condenado, se a autoridade competente entender por necessário o pedido de renovação da inclusão deste em novo ciclo da medida disciplinar.

4.4 A BREVE APRECIÇÃO CRÍTICA DO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS - PROCESSO HC N.º 104.815/MS

Como analisado anteriormente²²⁵, a implantação do regime disciplinar diferenciado no Brasil instaurou-se através do drástico e emergencial contexto histórico de um complexo de rebeliões ocorrido dentro das penitenciárias no Estado de São Paulo, no ano de 2001.²²⁶

Diante deste contexto, nasceram às primeiras experiências de implementação de medidas disciplinares que posteriormente se tornaram o concreto RDD. A princípio as

²²⁴Lei n.º 10.792 de 1º de dezembro de 2013 (anexo I).

²²⁵ Vide tópico 4 da 3ª Parte.

²²⁶ Sobre o assunto, vide tópico 4 da 3ª Parte.

medidas disciplinares carcerárias que serviram de exemplo pro RDD foram instaladas em apenas alguns cárceres brasileiros, primeiramente em casos isolados em determinadas prisões.

Ocorreu que, posteriormente as rebeliões em São Paulo em 2001, surgiram algumas movimentações/agitações dentro dos cárceres na cidade do Rio de Janeiro, mais precisamente em 2002 e, o Estado brasileiro, para não cair em repetição de falhas, como ocorreu em de São Paulo, sancionou logo a implementação das regras disciplinares carcerárias nas penitenciárias do Rio de Janeiro, usando como exemplo o que ocorrera no ano anterior.

Assim, temos que, de acordo com o ensinamento de Russomano Freire²²⁷, no ano de 2002 ocorreu uma rebelião no presídio de Bangu I, no Estado do Rio de Janeiro, e, tornou-se clara a necessidade de expansão das regras disciplinares que foram usadas no Estado de São Paulo (tais medidas disciplinares eram as primeiras ideias que ensejaram posterior criação do RDD).

Antes de 2003, ano em que nasceu a legislação nacional que consolidou o RDD, o Estado do Rio de Janeiro já tinha sido palco de experiências para as regras que impulsionaram a criação da medida disciplinar supracitada, tal como ocorreu no Estado de São Paulo.

Neste íterim, vale analisar o caso concreto que o mais é mencionado na doutrina brasileira quando se trata de RDD. Ocorreu que, o detento Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”, era (ainda é) considerado um dos presos mais perigosos do Brasil: supostamente comandava a rebelião na prisão²²⁸ e incitava todos os atos de protesto dentro do presídio, além da situação de ter sido condenado por vários crimes e ser conhecido pela população brasileira como o maior traficante de drogas do estado do Rio de Janeiro e, no âmbito internacional, um dos maiores nomes relacionado ao tráfico de drogas na América Latina.

O Estado, irresignado e temeroso para com a situação acontecida no ano de 2001, em São Paulo, conteve rapidamente a rebelião, através de uso de força policial e da implementação das regras de disciplina carcerária. Após o término dos protestos, foram identificados os líderes do movimento, sendo estes imediatamente isolados dos demais detentos, objetivando assim, o controle, a disciplina e a paz social dentro e fora do presídio.

²²⁷ FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.130.

²²⁸ Foi acusado de comandar a rebelião no presídio de Bangu I, no Estado do Rio de Janeiro em 2002 e 2003.

No entanto, de imediato, dispõe-se que os principais identificados foram imediatamente colocados sob as sanções disciplinares, do que mais tarde se tornaria a inspiração exemplificativa para a criação do RDD, com o advento da lei n.º 10.792 em 2003.

Vale lembrar ainda, neste contexto, que no início do ano de 2003 houve uma nova comoção dentro da penitenciária de Bangu I, sendo necessária a reedição das medidas disciplinares que foram incluídas no ano de 2002 (que também inspiraram posteriormente as diretrizes formais do RDD), por parte da Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, expandindo a ideia sobre a necessidade de um regime disciplinar mais incisivo, que trouxesse para o ordenamento jurídico brasileiro uma norma regulamentar efetiva e que os outros estados do Brasil, também, pudessem aplicar nas suas respectivas penitenciárias.²²⁹

Neste sentido, e observando os factos da história, o primeiro caso que desencadeou a necessidade de utilização de medida disciplinar mais rigorosa das já utilizadas nos contextos das rebeliões, aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, sendo voltada para o caso do detento conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”.

Primeiramente, fora aplicado ao referido preso às medidas disciplinares carcerárias estaduais criadas emergencialmente também no Rio de Janeiro, similares as postas em São Paulo em 2001. Posteriormente com a edição da lei do RDD em 2003, e até os dias de hoje, Luis Fernando da Costa é alvo de constantes aplicações por reiteradas vezes a medida de disciplina carcerária, sendo configurado como um preso altamente perigoso e que possui perceptível má influência sobre os demais.

Assim, analisa-se brevemente a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus N.º 104.815/MS, que foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (HC N.º 237.392), pois esta última indeferiu o pedido de imediata retirada do paciente Luiz Fernando da Costa do Regime Disciplinar Diferenciado.

²²⁹ A exemplo das Resoluções impostas pela Secretaria Penitenciária do Estado de São Paulo, à época das rebeliões de 2001, o Estado do Rio de Janeiro, também em caráter emergencial, através de sua Secretaria Penitenciária decidiu criar medidas disciplinares para que não houvesse o aumento de rebeliões no estado e, na tentativa de parar o crescimento da violência dentro e fora do cárcere. Todos esses exemplos incentivaram a edição da Lei n.º 10.791 de 2003, trouxe o RDD para o ordenamento jurídico brasileiro e em expansão nacional, para que todas as penitenciárias brasileiras pudessem usar da medida disciplinar. FREIRE, Christiane Russomano. ob. cit., p.132.

O HC N.º 104.815²³⁰ foi julgado prejudicado por perda superveniente do objeto²³¹, mas sobretudo, a decisão se mostrou contrária ao pedido do advogado que solicitava o não mais cumprimento de pena no Regime Disciplinar Diferenciado por Luiz Fernando da Costa, que estava sendo submetido o a medida de disciplina carcerária de forma excessiva e por sucessivas às vezes. Alegava questões sobre a medida às repetições de cumprimento de pena sob o RDD interferirem diretamente na saúde física e psicológica do preso supracitado.

Diante da situação deste apenado, particularmente, observa-se a última notícia em relação à decisão do HC N.º 104.815/MS e quanto ao recente e reiterado cumprimento de pena sob a medida disciplinar nos termos e nas regras do RDD. Ao escrever sobre “Fernandinho Beira-Mar” e o Regime Disciplinar Diferenciado, a revista JUSBRASIL, publicou em 2010 que:

O ministro Ayres Britto, no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), pediu informações ao Juízo Federal da Execução Penal de Campo Grande (MS) para instruir o Habeas Corpus (HC 104.815) impetrado pela defesa de Luiz Fernando da Costa, conhecido como Fernandinho Beira-Mar. Neste HC, o advogado pede para que Luiz Fernando deixe de ser obrigado a cumprir pena em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), com condições não previstas na lei. Beira-Mar encontra-se atualmente na Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), cumprindo pena por tráfico de drogas. Para o advogado de Beira-Mar, seu cliente vem sendo submetido sucessivamente ao RDD, com regras que desbordam os limites da lei, com rigores que estabeleceram uma rotina cruel, desumana e degradante. O advogado sustenta que, mesmo que seu cliente não esteja cumprindo pena em RDD no momento, o pedido é para que seja anulada uma decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que permite ao juiz da execução aplicar ao condenado o RDD. A decisão perseguida servirá de garantia jurídica

²³⁰ “HABEAS CORPUS” PREVENTIVO – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA POSSIBILIDADE DE REINCLUSÃO DO PACIENTE EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – PRETENDIDA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO REGIME – PACIENTE QUE NÃO MAIS SE ENCONTRA NESTA CONDIÇÃO – MODIFICAÇÃO DO QUADRO PROCESSUAL - PREJUDICIALIDADE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS” - PLENA CORREÇÃO JURÍDICA DA DECISÃO QUE EXTINGUIU O “WRIT” CONSTITUCIONAL PELA PERDA DE OBJETO – INVIABILIDADE DE EXAME, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – IMPOSSIBILIDADE DE AGIR “PER SALTUM”, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PRECEDENTES – PEDIDO NÃO CONHECIDO. (STF - HC: 104815 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00238) Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24118007/habeas-corporus-hc-113015-ro-stf#!> . Acesso em: 04.02.2017.

²³¹ Fundamentação jurídica legal para a decisão de perda superveniente do objeto de Habeas Corpus no ordenamento jurídico brasileiro: art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e art. 659 do Código de Processo Penal.

de que o regime disciplinar diferenciado com restrições não previstas em lei não poderá ser novamente aplicado em desfavor do paciente.²³²

Este caso, dentre muitos outros, visualiza-se a incidência que os apenados sofrem nas constantes sanções disciplinares carcerárias no Brasil, principalmente no que tange às questões do RDD. No entanto, observa-se que o caso concreto em análise, o preso supracitado esteja sendo inserido no RDD repetidas às vezes, situação que se prolonga sem muita justificativa e é usada de forma preventiva, como não deveria ser, pois a letra da lei afirma que o RDD só deve ser utilizado em caso de suspeita ou de realização de crime efetivo, não devendo assumir a forma preventiva.

Ainda, sobre o este caso concreto de utilização do RDD, percebe-se que a medida disciplinar é um exemplo drástico de contenção preventiva de presos ditos altamente perigosos. O problema é que, tendo considerado as regras do RDD, percebe-se que esta medida propõe uma série de motivos dessocializadores²³³, situação que deveria ser afastada da finalidade do cumprimento da pena.

Um exemplo disso, observa-se ainda, como no caso exposto, a disparidade entre a lei, a realidade e o propósito ressocializador (finalidade/objetivo da execução da pena), requisitos que ainda estão bem distantes da realidade prisional brasileira. Diante disso, observa-se a declaração do Ministro da Justiça, Márcio Tomaz Bastos, ao comentar as solicitações do apenado “Fernandinho Beira-Mar”, quando este, através de seu advogado, suplicou o encerramento das múltiplas inclusões no RDD.

O referido Ministro da Justiça se pronunciou a favor da manutenção do preso supracitado em RDD e, em comentários, afirmou que a necessidade da utilização da referida

²³² JUSBRASIL, Revista. O Fernandinho Beira-Mar pede ao STF para não ser obrigado á cumprindo RDD novamente. Disponível em: <<http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2280544/fernandinho-beira-mar-pede-ao-stf-para-nao-ser-obrigado-a-cumprir-rdd-novamente>>. Acesso em 15.07.2014.

²³³ O isolamento social, a impossibilidade de conexão com o mundo exterior, as reduzidas horas de exposição solar, além de todas as regras drásticas trazidas pelo Regime Disciplinar Diferenciado, são funções dessocializadores que adoecem o corpo e a alma do encarcerado impossibilitando que o mesmo tenha acesso aos seus direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Sobre a questão dessocializadora, observa-se o excelente o seguinte apontamento: “Por isso, afigura-se essencial que, antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão seja *não-dessocializadora*. Isto, num duplo sentido: por outro lado, que não se ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, que reduza ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados. Só a incorporação da *não-dessocialização* no conceito de socialização permitirá cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo, por tantos apontados, de se pretender preparar a reinserção social num contexto, por definição social. RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p.52.

medida disciplinar deveria persistir, pois mesmo que não se alcançasse a ressocialização do apenado, pelo menos o mesmo não comandaria o crime de dentro para fora do presídio.²³⁴

Isto posto, percebe-se em linhas diretas, através do caso concreto exposto, que o RDD assume um papel dessocializador no cumprimento da execução da pena. Uma medida disciplinar que trouxe retrocesso ao ordenamento jurídico brasileiro e, por muitas vezes, é apoiada pelo judiciário sob a justificativa de ser um “mal necessário” para supostamente combater o crime dentro do sistema penitenciário.

Por fim, percebe-se que o RDD não é a medida disciplinar mais adequada e eficaz de controle contra os crimes e em favor da ordem e da disciplina proposta ao cárcere brasileiro. Ressalta-se incontestavelmente, que o RDD é uma medida disciplinar intimidadora e objetiva coibir, mas, para além disso, confronta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana e, configurando-se, ainda, ineficaz, pois não alcança os objetivos pretendidos.

²³⁴ O Ministro da Justiça Tomaz Bastos fez uma declaração que convém mencionar, uma vez que o próprio representante do poder judiciário brasileiro demonstrou descaso quanto à demonstração de acreditar na finalidade socializadora da pena e, mesmo afirmando, que deve-se manter um preso ao RDD sim, repetidas vezes, quantas for possível, mesmo que não hajam fundadas suspeitas que a medida disciplinar deva permanecer. O referido ministro da justiça se pronunciou, sobre o caso de “Fernandinho Beira-Mar” nas seguintes palavras: "se ele se recuperar, ótimo. Se ele nunca se recuperar, pelo menos durante o tempo em que ele estiver preso não terá condições de se conectar, de dar ordens, de comandar suas atividades criminosas". BASTOS apud GOMES, Luiz Flavio. O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/constitregimedisciplinardifer.pdf>>. Acesso em: 07 maio de 2017.

4ª PARTE

ANÁLISE CRÍTICA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS ESTIPULADAS PELO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO CÁRCERE BRASILEIRO

5. A LEI 10.972 DE 2003 – ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS ESTIPULADAS PELO RDD

No presente quesito da dissertação de mestrado, considerou-se importante a análise de três diferentes teorias sobre o estudo da constitucionalidade das regras trazidas pelo Regime Disciplinar Diferenciado para o ordenamento jurídico brasileiro. Então, a seguir, pretende-se observar as questões normativas referentes à medida disciplinar, relativamente aos pressupostos de aplicação em face da Constituição Federativa do Brasil²³⁵.

A medida disciplinar denominada RDD no cárcere brasileiro foi interpretada de diversas formas. Assim, proceder-se-á ao estudo das três mais importantes vertentes, duas que se complementam e a uma terceira que é divergente. Deste modo, pretende-se analisar, mesmo que de forma breve, as mais importantes teorias propostas e apresentadas pelos doutrinadores brasileiros sobre o tema elencado.

A primeira teoria a ser observada e apresentada se consubstancia na ideia de que o RDD deve ser entendido como um regime integral fechado “plus fechadíssimo”²³⁶; a segunda teoria tem por base uma concepção semelhante, dispondo que a medida disciplinar é um “regime fechadíssimo”²³⁷ que trouxe drásticas consequências dessocializadoras²³⁸ para o ordenamento jurídico penal. A terceira teoria, diferenciada das duas anteriores, dispõe que o RDD é uma medida disciplinar especial necessária e constitucional, devendo ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro.²³⁹

²³⁵ Em especial atenção ao art. 5º incisos III e XLIV da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, art. 38 do Código Penal Brasileiro e artigo 40 da Lei de Execução Penal.

²³⁶ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 207.

²³⁷ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 13.05.2017.

²³⁸ Neste sentido, visualiza-se que para além da finalidade retributiva e preventiva da execução da pena, deve-se considerar a prevenção especial da ressocialização do apenado, ou ao menos, deve-se lutar contra a dessocialização. RODRIGUES, Anabela Miranda. *ob. cit.* p.52 a 63.

²³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. Editora Atlas. 11ª Edição, 2004. pp. 115 a 120.

Neste sentido, as duas primeiras teorias compartilham do mesmo pensamento sobre o instituto jurídico: as regras estipuladas pela medida disciplinar são explicitamente inconstitucionais e contra os princípios norteadores da CRFB de 1988, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. A onda doutrinária que comanda o raciocínio contrário ao RDD é, principalmente, liderada por Salo de Carvalho²⁴⁰, Christiane Russomano Freire²⁴¹, Luiz Flávio Gomes, Rogério Cunha e Thales Cerqueira²⁴², entre outros.

Assim, observa-se que os juristas acima citados consideram e classificam o RDD como um regime integral fechado “plus” ou “regime fechadíssimo”²⁴³ e, ainda, afirmam e lutam para que se compreenda a inconstitucionalidade das regras estipuladas pelo RDD. Afirmam, neste sentido, que, com a edição da lei nº 10.792 de 2003, foi instalada no Brasil mais uma medida de execução de pena, que não é apenas uma medida disciplinar carcerária, mas, sim, um instrumento drástico de punição em cima da pena.²⁴⁴

A terceira teoria, que se mostra divergente da exposta acima, pode ser visualizada pelo entendimento do doutrinador Júlio Mirabete²⁴⁵ e nas lições de Guilherme de Souza Nucci²⁴⁶, que atribuíram ao RDD o conceito de regime de disciplina carcerária especial constitucional, sendo este caracterizado por um maior grau de isolamento do preso, assim como por uma estipulação de uma necessária restrição do contato com o mundo exterior. O RDD é, deste modo, entendido como uma medida cautelar incisiva para assegurar a ordem do sistema penitenciário e proporcionar a devida paz e segurança social.

Na teoria de Mirabete, entende-se que o regime responde, dentro da legalidade, a todas as regras e todos os princípios constitucionais e do direito penal e que é, também,

²⁴⁰ CARVALHO, Salo. ob. cit. p. 207.

²⁴¹ FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo. IBCCRIM, 2005.

²⁴² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 13.08.2013.

²⁴³ CARVALHO, Salo. ob. cit. p. 209.

²⁴⁴ FREIRE, Christiane Russomano. ob. cit. IBCCRIM, 2005.

²⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. ob. cit. p. 119.

²⁴⁶ Sobre a concordância quanto à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado: “(...) O regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa sim; desumana não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechado os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a data vênica, uma imensa contradição.” NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.232.

totalmente necessário e constitucional, como expõe Nucci. Para Mirabete²⁴⁷, a aplicação do RDD está dentro dos parâmetros legais e é necessária. O autor justifica a medida na afirmação incisiva de que a mesma assegura a ordem e a disciplina dentro das penitenciárias brasileiras, além de resguardar a sociedade que vive fora das celas.

Neste sentido, Mirabete apoia a aplicação do RDD como medida certa e de eficaz utilização para o melhor controle da disciplina da população carcerária e afirma, ainda, que a medida disciplinar é totalmente eficaz contra o aumento da violência na prisão, mostrando-se um defensor irredutível, legítimo e puro da medida disciplinar nos últimos 14 anos de sua efetiva aplicação.

Destarte, vale ressaltar que diante do estudo efetuado para a dissertação de mestrado, constatou-se a necessidade de se verificar, através de diferentes doutrinas, o que vem sendo apresentado, na atualidade, sobre a problemática da medida disciplinar RDD. Objetiva-se, desta forma, identificar se as regras estipuladas pelo RDD são ou não constitucionais e quais seus verdadeiros efeitos dentro do cárcere e na vida do preso, provisório ou definitivo.

Neste ínterim, deve-se atentar nas três teorias elencadas acima, que são consubstanciadas em entendimentos complexos e diferentes das consequências da aplicação das regras do RDD no sistema prisional. Verifica-se, assim, que, se a primeira e a segunda vertente reflexiva e crítica pretendem demonstrar as consequências desfavoráveis que a implantação do regime trouxeram para sociedade carcerária, já a terceira teoria apresenta quesitos favoráveis à aplicação do regime.

A primeira parte da doutrina, defendida por Salo Carvalho²⁴⁸, Christiane Russomano Freire²⁴⁹, Luiz Flávio Gomes, Rogério Cunha e Thales Cerqueira, vem ganhando forças, através de debates e de demonstrações teóricas de que as regras estipuladas pelo RDD devem ser consideradas inconstitucionais e que este não apresenta grandes soluções eficazes para a difícil situação atual do aumento da criminalidade dentro do cárcere brasileiro.

Assim, os doutrinadores supracitados expõem que o RDD merece e necessita de uma nova avaliação, assim como de uma reestruturação, quando posto em prática. Defendem o

²⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. ob. cit, p. 116.

²⁴⁸ CARVALHO, Salo. ob. cit. p. 207.

²⁴⁹ FREIRE, ob. cit. IBCCRIM, 2005.

posicionamento contrário ao regime de disciplina carcerário e questionam as regras trazidas pelo instituto jurídico em face da (in)constitucionalidade.

Neste contexto, também o membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça Maurício Kuenhe dispôs, em 2004, sobre a análise constituída pelo Conselho Nacional de Política e Penitenciária Criminal, explicando que, mesmo que haja justificação da necessidade de implementação da medida disciplinar, é necessário ter em atenção o sentido da essencialidade do RDD.

Neste sentido, o conselheiro expôs que as regras do RDD foram consideradas, por parte da doutrina e pelo C.N.P.P.C, agressivas e drásticas, contrárias ao princípio constitucional da dignidade da pessoa human, perdendo, conseqüentemente, de vista o sentido da ressocialização da pena, adoecendo o corpo e o psicológico do apenado.²⁵⁰

Ocorre que, com o passar dos anos, as experiências obtidas com a implementação do RDD dentro do cárcere brasileiro não impediram o aumento da violência, como se objetivava no momento da inserção da medida disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, as considerações contra as normas estipuladas pelo RDD quedam-se cada vez mais fortes e incidentes no que diz respeito à necessidade de novas mudanças na lei que trouxe a medida disciplinar para o ordenamento jurídico. Deve observar-se, ainda, que os doutrinadores que se opõem à medida disciplinar afirmam que alguns princípios basilares do direito brasileiro foram categoricamente feridos com o advento da lei nº 10.792 de 2003, que veremos mais adiante.²⁵¹

²⁵⁰ Sobre a questão disposta observa-se o entendimento nas seguintes palavras, do membro do C.N.P.C, relatando o parecer do Conselho Nacional de Política Penitenciária Brasileiro: “Tal como redigido, o Substitutivo subverte os princípios que informam as diretrizes de política penal e penitenciária nacionais, consagradas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e materializados nos dispositivos da Lei de Execução Penal. De pronto, ressalta que o Regime Disciplinar Diferenciado agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, inspirado na Escola da Nova Defesa Social. A LEP, já em seu primeiro artigo traça como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, a qual é indissociável da efetivação da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contraria a Constituição Federal.” KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal - Primeira impressões em reforma criminal. Publicado em 26.02.2004 pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

²⁵¹ Assim, observa-se em linhas retas: “É necessário disciplinar, dentre os estabelecimentos penitenciários, o Regime Disciplinar Diferenciado, destinado a receber presos cuja conduta aconselhe tratamento específico, a fim de fixar claramente as obrigações e as faculdades desses reeducandos; Os objetivos de reintegração do preso ao

Para além do disposto, observa-se agora a terceira vertente de entendimento, análoga à primeira e à segunda visão dispostas acima sobre o RDD. Observa-se que os dois primeiros entendimentos consideram a possível inconstitucionalidade das regras da medida disciplinar em comento, enquanto a terceira vertente justifica a necessidade de permanência da lei nº 10.792 de 2003 e afirma que a mesma traz resultados no sistema carcerário brasileiro.

A disposição a favor das regras implementadas pela medida disciplinar em comento é defendida pelo doutrinador brasileiro Julio Fabbrini Mirabete²⁵², que apresenta considerações sobre a eficácia da implantação do RDD e sua devida manutenção no ordenamento jurídico brasileiro. Nos ensinamentos de Mirabete surge a opinião defensiva expressa sobre o regime da seguinte forma:

O regime disciplinar diferenciado (...) não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.²⁵³

O doutrinador e jurista Mirabete afirma que o regime deve ser utilizado para o devido controle e melhoramento do sistema penitenciário brasileiro e, ainda, dispõe que as regras da medida disciplinar que são sancionadas aos presos evidenciam-se totalmente constitucionais. No mais, os doutrinadores a favor do RDD acreditam que o instituto é a melhor oportunidade para conter e para disciplinar de maneira célere e eficaz os detentos, tendo estes já sido condenados por sentença transitada em julgado ou não.²⁵⁴

Desta forma, após observar as questões divergentes sobre a problematização dos temas relacionados ao RDD, entende-se que o regime apresenta algumas regras que podem ser questionadas quanto à sua (in)constitucionalidade. A questão da inconstitucionalidade é defendida pelos doutrinadores que são contra a medida disciplinar, mas, por outro lado, existe uma parte da doutrina que corrobora com a sistemática do regime e que afirma, por sua vez, a constitucionalidade do mesmo.

sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária; O Regime Disciplinar Diferenciado é peculiar, mas, apesar de seu rigor, não pode ser discriminatório, permanente ou afrontador das disposições das Constituições da República e do Estado, e da Lei de Execução Penal.” KUEHNE, Maurício. op. cit. Acesso em 22 de fevereiro de 2017.

²⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. ob. cit., p. 150.

²⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. ob.cit., p. 160.

²⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. ob. cit., p. 140.

Neste íterim, vale ressaltar, ainda, que no final de 2016, o regime completou 13 anos de aplicação. A eficácia da medida não vem sendo comprovada, em linhas retas, o que se objetivava na sua real função final, a promoção de uma maior disciplina por parte dos detentos e de uma diminuição da violência dentro do sistema carcerário brasileiro. Os resultados não apresentam respostas boas ou concretas.

Na realidade, o que se percebe é que o RDD apenas acompanhou o visível aumento de violência, causando terrorismo psicológico e físico aos detentos, não só não atingindo o seu objetivo, como não impedindo também o acontecimento de rebeliões dentro das prisões brasileiras.²⁵⁵

No mais, outra questão a ser levantada é o facto de que, em breve, a Lei de Execução Penal Brasileira²⁵⁶ irá receber uma proposta de atualização e que a relatora presidente da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto para a atualização da Lei de Execução Penal, a procuradora de Justiça Maria Tereza Uille Gomes, informou em reunião, a 10 de maio de 2013, que a comissão recebe permanentes críticas sobre o RDD e suas rigorosa regras de aplicação.²⁵⁷

Neste sentido, de acordo com o entendimento supracitado, pode se analisar que o RDD recebe fortes críticas, existindo, inclusivamente, propostas no sentido da sua extinção, por completo, do ordenamento jurídico brasileiro, já que, para a maior parte da doutrina, as regras estipuladas pela medida disciplinar levantam dúvidas quanto à sua constitucionalidade, principalmente, em relação à aplicação do regime a presos que ainda não foram julgados.

O advogado Gamil Foppel, também membro da comissão do anteprojeto para a atualização a Lei de Execução Penal, ressaltou, justificadamente, que é contra a continuidade

²⁵⁵ Sobre esta questão, vale ressaltar o estudo exposto sobre o aumento de violência dentro e fora do cárcere brasileiro efetuado pelo IFOPEN em parceria com o DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias IFOEN - junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Coleta de dados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. MOURA, Tatiana Whately de. E RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro.

²⁵⁶ Lei nº 7.210 de 1984.

²⁵⁷ Sobre a questão, em sabatina na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania dispões: “A atualização da Lei de Execução Penal é uma resposta estrutural à crise prisional que temos no país, possibilitando ao Judiciário, ao Ministério Público, aos órgãos de Justiça e aos gestores prisionais dispor de medidas que dependem de ajustes legislativos”. VIEIRA, Anderson. Comissões. Agência do Senado. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/05/10/advogado-propoe-fim-de-regime-disciplinar-diferenciado-nos-presidios/tablet>. 05 de maio de 2010. Acesso em 10.10.2016.

de aplicação do RDD nas penitenciárias brasileiras, deixando essa questão bem clara em seu depoimento na referida reunião.²⁵⁸

Expôs que, em sua opinião, era insustentável dar continuidade a uma medida de disciplina que foi criada apenas para solucionar uma exceção, pedindo, também a extinção do RDD e, se não fosse possível extingui-lo por completo do ordenamento jurídico brasileiro, que se apresentassem, ao menos, várias mudanças significativas. Entendeu-se, assim, que são necessárias transformações para que esta medida possa ser minimamente considerável para ser reconhecida como uma medida de segurança constitucional.²⁵⁹

Outra posição que deve ser citada ocorreu em uma entrevista com o juiz Hebert Carneiro, da Vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais/Brasil para a Revista Veredas de Direito. O juiz, ao ser questionado sobre as mudanças que pudessem trazer melhorias e soluções para o sistema penitenciário no Brasil, em consonância com o projeto de alteração da LEP, dispôs que é necessária a extinção da medida disciplinar em comento e que, caso isso não seja possível, que se proceda, no mínimo, à sua reformulação.²⁶⁰

Na mesma entrevista, Hebert Carneiro, que além de juiz é, também, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, reforçou a posição do conselho, que considera o RDD inconstitucional, uma vez que a medida de disciplina se revela violadora dos princípios constitucionais humanitários, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena e foi, ainda, além, exprimindo que o ordenamento jurídico brasileiro não devia admitir “esse quinto regime de excrescência jurídica criado”.²⁶¹

²⁵⁸ VIEIRA, Anderson. Comissões. Agência do Senado. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/05/10/advogado-propoe-fim-de-regime-disciplinar-diferenciado-nos-presidios/tablet>. Disposto em 05 de maio de 2010. Acesso em 10.10.2016.

²⁵⁹ “Não é possível nem concebível que ainda pensemos em um regime que foi criado para ser exceção e que virou regra. Se não for possível revogar, que haja prazo máximo de 180 dias e que não haja aplicação da medida para suspeitos. Colocar um sujeito preso cautelarmente no RDD porque ele é suspeito de envolvimento com organização criminosa é fazer tábula rasa da garantia constitucional da presunção de inocência, disse o advogado, conforme informações da Agência Senado.” VIEIRA, Anderson. Comissões. Agência do Senado. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/05/10/advogado-propoe-fim-de-regime-disciplinar-diferenciado-nos-presidios/tablet>. 05 de maio de 2010. Acesso em 10.10.2016.

²⁶⁰ Veredas do Direito, Vol. 3, Issue 6(July- December 2006). Entrevista com o Juiz da vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, MG/Brasil e membro do C.N.P.C Hebert Carneiro. Disponível em: http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rveredire3&div=26&start_page=173&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults. Acesso em 03.02.2017. p.184.

²⁶¹ Idem.

Assim, como manter uma medida disciplinar dentro do ordenamento jurídico quando se percebe que a mesma não tem em vista o princípio da humanidade? O princípio humanitário deve estar inserido dentro da concepção da execução da pena, é uma garantia penal inserida dentro do cumprimento da pena, não podendo deixar de ser observado por todas as normas legais inseridas dentro do ordenamento jurídico.²⁶²

Desta forma, se percebe que a medida disciplinar vem sendo exaustivamente discutida: parte dos doutrinadores e dos estudiosos acreditam e defendem que o RDD é uma medida eficaz contra o aumento de violência e que contribui para o fortalecimento da segurança, mas uma outra parte dos doutrinadores, membros do C.N.P.C e juristas afirmam o contrário e demonstram interesse em buscar meios para tentar reverter as drásticas consequências trazidas ao sistema prisional com o advento da lei nº 10.792 de 2003.

5.1 O RDD FACE A BREVE ANÁLISE CRÍTICA QUANTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, PENAS E PROCESSUAIS PENAS BRASILEIROS

Neste momento do presente trabalho de dissertação de mestrado, percebeu-se a necessidade de analisar as regras implementadas pelo RDD face aos princípios norteadores do direito brasileiro. Para que se sustente a ideia da (in)constitucionalidade da medida, faz-se importante analisá-la face à Constituição de 1988, aos Códigos Penal e Processual brasileiros e, ainda, quanto à observação da existência ou não do efetivo esquecimento dos direitos fundamentais²⁶³ dos reclusos.

Assim, ressalta-se o ensinamento de Faria Costa em relação à importância dos segmentos da Constituição, ensinando-nos que a Carta Magna deve ser idealizada como a maior referência normativa dentro de um instituto jurídico. A criação de uma nova legislação deve observar em linhas retas a Constituição, tomando as suas cláusulas e os seus princípios como determináveis para qualquer criação de outro instituto jurídico.²⁶⁴

²⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p. 66 apud H.-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal, Parte General*(trad. De J.-L. Mazaneres Samaniego), Granada, 1993 “(que, no entanto, não reconduz o princípio da humanidade ao Estado de Direito)” e “Assim, na 10ª. Ed. (1978) do seu Direito Penale, p.783. A expressão continua a encontra-se nas edições posteriores, já em coautoria com L.PETTOELLO MANTOVANI. Também significativamente A. RODRIGUES ALONSO, *Leciones*, cit., p.3, fala de <<quádruplo grupo de garantias da pessoa – ao nível do crime, da pena, do processo e da execução - no campo repressivo.

²⁶³ Sobre a questão dos direitos fundamentais do recluso vale ressaltar o seguinte: “A valorização dos direitos dos reclusos é, de algum modo – resta ainda salientá-lo -, reflexo do movimento geral de defesa dos direitos humanos.” RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. cit. p. 70.

²⁶⁴ Sobre o assunto dispôs Faria Costa sobre a importante observância da Constituição na criação de qualquer novo instituto jurídico: “o referente normativo inar-redável para a compreensão e delimitação de um qualquer

Além disso, o legislador tem obrigação de observar a CRFB e deve ter em atenção, também, as legislações já existentes sobre a matéria, conjuntamente com os seus princípios estabelecidos, para que possa elaborar uma lei que traga um novo instituto jurídico, dentro da devida constitucionalidade.

No entanto, o que se percebe é que o RDD não observou as normas jurídicas e os princípios norteadores do direito brasileiro, sendo drasticamente inserido no ordenamento jurídico e aí permanecendo até os tempos hodiernos, apenas se justificando no combate ao aumento da violência, uma situação que não se confirma na prática do cárcere no Brasil.

Ainda quanto à definição e à importância dos princípios jurídicos na observância obrigatória para a criação de uma nova norma penal a ser inserida dentro do ordenamento jurídico, compreendemos o ensinamento de Roque Antônio Carraza, *in verbis*:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes de direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a norma jurídica que com ela se conectam.²⁶⁵

Neste íterim, observando as questões supramencionadas, as normas penais devem estar diretamente relacionadas com a Constituição, respeitando os princípios essenciais elencados na mesma. Entende-se irrenunciável a observação da Constituição e das outras leis penais e, assim, faz-se necessário expor sobre a situação do alcance das regras do RDD e se este está de acordo com os princípios constitucionais e do direito penal brasileiro.

Neste sentido, considera-se que a maior parte da doutrina brasileira²⁶⁶ demonstra e acusa a inconstitucionalidade das regras advindas da Lei nº 10.792 de 2003, lutando para que a medida disciplinar seja extinta do ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, escolhidos entre tantos, podem destacar-se alguns dos princípios sempre mencionados no que diz respeito

direito”. COSTA, José de Faria. Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal, in A Justiça dos Dois Lados do Atlântico – Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América. Seminário realizado no auditório da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Versão Portuguesa. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. novembro de 1987, p. 187.

²⁶⁵CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.33.

²⁶⁶ Salo de Carvalho, Luiz Flávio Gomes, Rogério Cunha e Thales Cerqueira e Cristina Russomano Freire são alguns dos juristas brasileiros que defendem a linha de acusação da inconstitucionalidade da normas trazidas pelo RDD.

à questionável constitucionalidade do RDD, como o princípio do “*non bis in idem*”²⁶⁷, o princípio da dignidade da pessoa humana²⁶⁸ e o princípio da individualização da pena²⁶⁹.

Diante deste entendimento e analisando os princípios supracitados, considera-se que os mesmos não foram devidamente observados na elaboração da lei nº 10.792 de 2003. Assim, objetiva-se estudar a questionável constitucionalidade, neste momento do trabalho, das normas inseridas pelo RDD e as situações contraditórias aos princípios constitucionais e do direito penal brasileiro.

5.1.1 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FACE AO PRINCÍPIO DO “*NON BIS IN IDEM*”

Desta forma, deve refletir-se sobre as regras de aplicação do RDD face ao princípio do “*non bis in idem*” (princípio da dupla valoração da pena). O princípio em apreço, em linhas retas, veda a possibilidade de dupla condenação ou duplo cumprimento de pena, dentro no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, na lição de Figueiredo Dias, podemos dispor do “*non bis in idem*” no entendimento sobre a vedação da dupla valoração da pena, no sentido de que o juiz deve estar obstruído de usar as circunstâncias que o legislador já tomou em consideração, não podendo recolocar o mesmo tipo penal incriminador ao agente, nem mesmo o tipo de qualificação.²⁷⁰

A conjuntura concreta disposta para determinar o tipo penal não deve ser de novo valorada para determinar a quantificação do elemento tipo-de-ilícito em qualquer tempo do processo, se ocorrer, insere-se na repetição de penalização sob o mesmo crime, sendo vedada

²⁶⁷ Observa-se que é vedado, no ordenamento jurídico brasileiro, que um indivíduo seja contemplado punitivamente mais de uma vez por mesma infração penal ou que lhe seja imposto por mais de uma vez sanções dentro um mesmo processo criminal. Sobre isso: “(...) consistente da proibição de infligção de duplo castigo a um mesmo sujeito por idênticos fatos correspondendo a uma idêntica repercussão normativa(...)”. QUERALT, Joan J. *EL principio non bis in idem*. Madrid. Editora Tecnos, 1992, p.10.

²⁶⁸ Artigo 1º, inciso III, artigo 5º XLIX e artigo 60, § 4º, III da Constituição da República Federativa Brasileira 1988 trazem o princípio da dignidade humana bem como as garantias e direitos individuais do ser humano, fundamentando assim, o Estado Democrático do Direito Brasileiro.

²⁶⁹ Fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da individualização da pena: Artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República Federativa Brasileira, artigo 34 do Código Penal Brasileiro e artigos 5º, 8º e 41 inciso XII da Lei de Execução da Penal nº 7.210 de 1984.

²⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Pena Privativa de Liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra Editora. 1995. pp. 594 a 597 note de rodapé apud DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime. 1993.p.234.

esta possibilidade.²⁷¹

Neste sentido, temos que a proibição do princípio da dupla valoração deve ser eminentemente observada pelo juiz, para que não ocorra a valoração dobrada de crimes e, ainda, quanto à dimensão quantitativa da pena. Evidencia-se a vedação da valoração dupla sobre o mesmo tipo ilícito penal e, assim, o devido comprometimento da garantia material do *ne bis in idem*²⁷².

Nesta consideração, analisando o “*non bis in idem*” face às regras do RDD, considera-se que se houver a tipificação de envolvimento em quadrilha ou bando, como hipóteses de incidência e posterior aplicação das normas do RDD, ocorre sim, a duplicação de condenação, pois o ato constitui crime autônomo, tipificado no art. 288 do Código Penal Brasileiro, sendo, novamente, disposto na modalidade submetida a punição pelo RDD, como disposto no artigo 52, § 2º da Lei nº 10.792.

Neste sentido, se o indivíduo preso que tiver por natureza de pena envolvimento em quadrilha ou bando e por motivo de contravenção de comportamento dentro do cárcere, for posto a cumprir as normas do RDD pelo mesmo motivo, estará sendo condenado mais de duas vezes pelo mesmo crime, confrontando, deste modo, o princípio “*non bis in idem*”.

Considera-se, ainda, neste assunto, que ninguém poderá ser julgado e condenado a um ilícito penal sem o devido processo penal legal. Observa-se, em linhas retas, que o procedimento para inserção do preso no RDD não é um processo penal de conhecimento, mas, sim, um procedimento em parte administrativo e que dispõe competências de jurisdição do Juiz da Vara de Execução Penal.

Sendo assim, o descumprimento da norma norteadora do Direito Processual Penal, o “*non bis in idem*”, queda-se evidenciado, uma vez que existe a possibilidade do detento ser condenado duas vezes pelo mesmo crime, denegrindo e infringindo a ideia de um Estado Democrático de Direito, que tem por escopo promover a isonomia e desprezar a desigualdade.

²⁷¹ Neste sentido, toma-se o exemplo da vedação do princípio da dupla valoração no ordenamento jurídico português. Tal como no Brasil, o juiz não pode valorar a mesma conduta duas vezes e, assim, a penalização não pode ser duplicada em justificativa de cometimento de mesmo ilícito penal. RODRIGUES, Anabela Miranda. ob. ci. cit. pp. 594 a 609 apud DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime. 1993. pp.234 e 236.

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Parte general. Volume V. Buenos Aires, Editora Ediar. 1998. Pp. 334-336.

5.1.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FACE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PRESA

Outro princípio a ser analisado, neste contexto, está devidamente disposto nos dispositivos: Artigo 1º, inciso III, artigo 5º XLIX e artigo 60, § 4º, III da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. O princípio da dignidade da pessoa humana é cláusula pétrea e deve ser, essencialmente, observado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a norma jurídica que deve basear todas as relações e, principalmente as de trato jurídico-penais.²⁷³

Até que ponto foi esquecido o princípio da dignidade humana com o advento da Lei nº 10.792/2003? Diante desta reflexão, passa-se a analisar o modo como as regras estipuladas pelo RDD ofendem drasticamente a integridade física, mental e moral do detento, ferindo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tempo de duração das regras de confinamento do RDD afrontam totalmente a dignidade da pessoa humana, pois interferem diretamente na saúde mental e física do indivíduo, desencadeando um processo de atrofia muscular, bem como, devemos salientar, também, a incidência em alto grau de casos de depressão profunda. Na realidade, o que se percebe é o desenvolvimento desenfreado de vários tipos de doenças psicológicas e fisiológicas nos presos e o conseqüente aumento da violência no cárcere brasileiro.²⁷⁴

Neste sentido, deve-se frisar que as regras estipuladas pela lei 10.972 de 2003 devem ser questionadas quanto à sua constitucionalidade, pois as conseqüências provocadas durante e após a sua aplicação são irremediáveis e causam danos irreparáveis à saúde do preso, infringindo totalmente a dignidade da pessoa humana no sentido direito²⁷⁵.

²⁷³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2007, p. 30.

²⁷⁴ Reporta-se ao artigo 52, incisos I, II, III e IV da Lei nº 10.792 que dispõe sobre a extensão de duração da inserção do RDD a um indivíduo, além do recolhimento em cela individual, à redução (com duração de tempo reduzido) das visitas e a quantidade de pessoas que podem ascender a esta e, ainda quanto à possibilidade reduzida de saída da cela e horas dispostas para o banho de sol. Neste sentido, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se pronunciou no seguinte sentido sobre as conseqüências do RDD: “(...)os aspectos psicológicos negativos do sentenciado e sua revolta contra os valores sociais. Assim, tão logo seja possível, tais presos passam a arquitetar meios de subverter a disciplina, organizando-se em estruturas hierarquizadas que acabam por envolver toda a população carcerária. Ao fim ao cabo, todo o sistema penitenciário mostra-se mais e mais inseguro(...)”. Relatório disponível no site: <http://www.mj.gov.br/cnpecp>. Acesso em 13.08.2016.

²⁷⁵ Neste sentido, além das péssimas condições carcerárias no Brasil que já atingem diretamente a dignidade da pessoa humana encarcerada, ainda, os presos devem lidar com as regras de castração psicológicas inseridas pelo RDD. O Estado deveria ser o guardião da Constituição, mas, com a edição da lei nº 10.792/2003, vemos que a

Ainda, sob análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, observa-se a questão do isolamento dos detentos inseridos no RDD, mais especificamente, o disposto no inciso II e IV do Artigo 52 da Lei nº 10.792. As regras voltadas ao recolhimento em cela individual e referentes à concessão de direito de saída da cela apenas por duas horas diárias para o banho de sol são totalmente contrárias aos mínimos apresentados e que devem ser observados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em relação às drásticas medidas de isolamento celular, verifica-se uma afronta aos direitos e às garantias individuais do ser humano e da cláusula pétrea do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Neste íterim, pronunciam-se Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire, expondo considerações pertinentes ao tema:

O isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais.²⁷⁶

Neste sentido, vislumbrando o texto de lei e as questões expostas, observa-se a severidade com que as regras do RDD foram trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro. Constata-se que o Poder Legislativo, ao criar a medida disciplinar, não observou os direitos e as garantias fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que resta evidenciado que as regras da medida disciplinar são totalmente comprometedoras no que diz respeito à saúde física e mental do apenado, cerceando diretamente o direito a uma vida saudável do preso privado de liberdade.

Neste íterim e, ainda, sob a exegese do princípio da dignidade da pessoa humana e quanto à humanização das penas, observa-se, assim, que podemos considerar, também, a

necessidade emergencial de soluções contra uma série de rebeliões em 2001 no Estado de São Paulo, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a consolidação da mais drástica medida disciplinar existente no Brasil, o RDD. Senão, vejamos: “O respeito a dignidade da pessoa humana banaliza toda política pública, concebendo o preso – antes da condição de criminoso – como pessoa humana, que como tal deve ser tratado. Esse enfoque exige que sejam humanizados os cárceres e dado um sentido positivo ao cumprimento da pena privativa de liberdade. O Estado tem o indeclinável dever de elaborar e executar políticas públicas que diminuam o sofrimento das pessoas condenadas, reduzindo os efeitos criminógenos das prisões e oportunizando os recursos necessários para que, ao obter a liberdade, estejam motivadas e em condições de viver como cidadãos(....)”. MARCONDES, Pedro. Políticas Públicas orientadas a melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. V.11, nº 43. P.251., abril/junho 2003.

²⁷⁶CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit. , p. 20.

ofensa ao princípio da humanização das penas²⁷⁷, previsto no art. 5º, inciso III da CRFB e, estipulado também, pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969.²⁷⁸

Analisando o artigo constitucional e a Convenção homologada, devemos considerar que ninguém deverá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Deve considerar-se, ainda, que foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro, que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido á dignidade inerente ao ser humano.²⁷⁹

Desta forma, percebemos a afronta das regras estipuladas pelo RDD contra a convenção e o artigo constitucional no que versa sobre o princípio da humanização das penas²⁸⁰, uma vez que os termos de disciplina impostos pelo regime podem ser entendidos como uma “sub-pena”²⁸¹ cruel, desumana, degradante, contrária à vida e à dignidade da pessoa privada de liberdade.

Diante do advento da Lei nº 10.792/2003, visualiza-se que competem ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, que tiveram mútuo conhecimento e colaboração para a inserção do RDD no ordenamento jurídico brasileiro, todas as responsabilidades pelas principais consequências dentre todas as inúmeras normas que maximizaram o sistema punitivo e que ofendem vários direitos e garantias fundamentais dos presos.

²⁷⁷ Sobre isso, observa-se: “(...) o regime disciplinar diferenciado representa sobrepena cruel e degradante que avilta o ser humano e fere a sua dignidade, inflingindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso o isolamento celular absoluto de vinte duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.” MOURA, Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado. 2007, p.287. apud CARVALHO, Salo. Crítica à Execução Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2007, p. 283-292.

²⁷⁸ Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

²⁷⁹ Artigo 5º, incisos III, XLIII, XLVII, XLIX, LXIII, LXV E LXVI da CRFB, Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, Lei nº 9.455 de 1997 que define os crimes de tortura e da outras providências e Decreto nº 40 de 1991 que promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes.

²⁸⁰ Sobre a questão, percebe-se que não houve a observância do princípio da humanização da penas, pois o RDD traz medidas drásticas que proporcionam o recrudescimento do corpo e da alma do apenado. A medida disciplinar é uma norma penal do terror e contrária os ditames da humanização das penas. Neste sentido, observa-se: “(...) o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras dos presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.” FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.59.

²⁸¹ FREIRE, Christiane Russomano. ob.cit. IBCCRIM, 2005.

Neste sentido, visualiza-se, ainda, que existe uma convivência afrontosa do Poder Judiciário e Poder Legislativo com a medida disciplinar. Mesmo que as afrontas aos princípios constitucionais sejam visíveis, as decisões judiciais²⁸² consideram o RDD constitucional e aplicável, dispondo que não há interferência no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, os órgãos que deveriam garantir e resguardar todos os termos da Constituição Federativa do Brasil, como os inseridos no Poder Judiciário e no Poder Executivo, afirmam a necessidade de implementação do RDD e fecham os olhos para a dignidade da pessoa humana do preso, sendo cúmplices na aplicação do regime. Neste sentido, observa-se o ensinamento de Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

Não é difícil compreender a corresponsabilidade dos operadores do direito no caos do sistema penitenciário. A falta de controle de constitucionalidade pelos juízes e a constante determinação do regime integral fechado inaugurado com Lei dos Crimes Hediondos, a banalização no decreto das prisões cautelares, a não aplicação das penas substitutivas à prisão, a omissão no que tange à intervenção nos presídios, a burocratização na análise dos incidentes executivos e a criação de critérios *ultra legem* (meta-regras) para apreciar os direitos públicos dos apenados, são exemplos concretos de como o Judiciário tem sido partícipe na efetivação do suplicio carcerário nacional.²⁸³

Neste vértice, de acordo com o que fora explicitado e diante da afronta do princípio da humanização das penas e do princípio da dignidade da pessoa humana, temos que o R.D.D, previsto e efetivado pela Lei 10.972 de dezembro de 2003, instalou por todo o sistema

²⁸² Neste sentido, as decisões dos tribunais brasileiros vem consolidando a aplicação do RDD no ordenamento jurídico brasileiro, pois o STJ decidiu pela constitucionalidade da medida de disciplina. Senão, vejamos: TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 86166120134014100 RO 0008616-61.2013.4.01.4100 (TRF-1) Data de publicação: 17/01/2014. Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. INCLUSÃO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. ART. 52 DA LEI 7.210 /1984 (EXECUÇÕES PENAS). INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. ALTO RISCO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela constitucionalidade do art. 52 da Lei 7.210 /1984, com redação dada pela Lei 10.792 /2003, que prevê o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Precedentes do STJ. 3. O RDD é medida extrema, destinada exatamente aos presos de elevado potencial de criminalidade. 4. A medida não é um processo judicial à parte, mas tem natureza cautelar e, por isso, prescinde da existência de provas robustas. 5. Na hipótese, a decisão obedeceu ao determinado pelo art. 59 da Lei 7.210 /1984 e na alta periculosidade do agravante, o qual, mesmo em ambiente carcerário de segurança máxima, comete indisciplinas e ameaça de morte Agente Penitenciário, trazendo o risco para o estabelecimento penal, o meio social, a segurança e a ordem pública. 6.<Agravado em execução a que se nega provimento. Disponível em: <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24812990/agravo-em-execucao-penal-agepn86166120134014100-ro0008616-6120134014100-trf1>>. Acesso em: 06.08.2016.

²⁸³ CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. ob. cit, p.35.

penitenciário brasileiro uma nova modalidade de sanção punitiva, com caráter medieval, trazendo péssimas consequências à estrutura já precária do cárcere brasileiro.

O regime é a mais mal organizada e planejada medida disciplinar já instaurada no sistema penitenciário brasileiro e que apresenta os piores resultados registrados quanto à sua finalidade (diminuição da violência no cárcere), interferindo diretamente e prejudicialmente na saúde mental e corporal dos presos.

Então, entende-se que o RDD afronta diretamente, como exposto acima, os direitos e as garantias fundamentais presentes na Constituição Federativa do Brasil, assim como outras normas infraconstitucionais. Observa-se, neste sentido, que o regime fere a finalidade da execução da pena quanto à ressocialização, que deveria ser a base do motivo do cárcere, impedindo a vontade do preso de seguir, de caminhar, de “melhorar”, de se desculpar, de se regenerar e de se colocar, novamente, perante a sociedade, e que, pelo contrário, causa um sentimento de dor profunda, índices de tentativa de suicídio, de doenças e de vida infeliz dentro do cárcere.

5.1.3 A MEDIDA DE DISCIPLINA FACE AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena tem por fundamentação jurídica o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federativa de 1988 e pode ser visualizado, também, no artigo 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execuções Penais, assim como no artigo 34 do Código Penal Brasileiro.

Segundo Guilherme de Souza Nucci²⁸⁴, o princípio supracitado compreende e garante que as penas dos infratores não possam ser igualadas ou tratadas simetricamente, mesmo que os acoimados tenham praticado crimes idênticos e/ou conexos. Isto porque, independentemente da prática de uma mesma conduta criminal, cada indivíduo possui um histórico pessoal diferenciado, quanto às várias situações a serem analisadas, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida, de modo individual.

Neste sentido, entende-se que, deverá ocorrer a individualização da pena para cada indivíduo, mesmo que os crimes sejam idênticos. A individualização da pena na fase

²⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal - Parte Geral e Parte Especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.107.

executória proporciona a cada preso a possibilidade de reinserção social e impede as consequências dessocializadoras.

Para que seja prestada, na prática, a devida atenção ao princípio da individualização da pena, instaura-se uma pesquisa no início do processo penal e da execução da pena, durante a qual deve ser feita a classificação do condenado, a fim de ser destinado ao programa de execução mais condizente com a sua situação individual. Esse procedimento se realiza, uma vez que o órgão judicial deve ter ciência se o preso é de alto grau de periculosidade ou com a finalidade de avaliação da reincidência do condenado e o estabelecimento penal para o qual deve ser destinado.

No entanto, devido à grande quantidade de presos²⁸⁵, condenados ou aguardando julgamento, que estão no cárcere brasileiro na atualidade, o princípio da individualização da pena tornou-se uma regra quase impossível de ser praticada. Ocorre que a superlotação carcerária trouxe inúmeras controvérsias à realidade das prisões no Brasil: o déficit de vagas e o contingente carcerário não são compatíveis.

No mais, a situação se agrava quando estes condenados são postos sob as sanções punitiva das regras do RDD, pois, além de serem submetidos a situações desumanas por motivos de superlotação, de insalubridade e de violência, são, ainda, aterrorizados por uma medida disciplinar drástica e arbitrária.

Isto posto, observa-se que o regime tornou-se uma afronta ao princípio da individualização da pena, já que estipula que qualquer preso, sob suspeita de cometer ato sujeito a penalidades do RDD, possa ser colocado, sob a sanção. Não há distinção; não se percebe, sequer, qualquer diferenciação de uma situação ou outra. As regras são diretas: basta infringir qualquer dispositivo do artigo 52 da lei nº 10.792 de 2003 e o detento poderá ser submetido, em condições não individuais, à medida disciplinar.

²⁸⁵ No Brasil, ao todo, existem 375.892 vagas no sistema prisional. A taxa de ocupação prisional no Brasil é de 161%, mais de 100% superior à taxa de ocupação. A taxa de ocupação prisional indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes, servindo como um indicador do déficit de vagas no sistema prisional. Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen. junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 09.02.2017. pp. 23 a 25 e 37.

5.2 A BREVÍSSIMA ANÁLISE SOBRE AS MEDIDAS DISCIPLINARES NO BRASIL E EM PORTUGAL

Objetiva-se por fim, uma brevíssima análise sobre as medidas disciplinares portuguesas e brasileiras, tendo como observação clara o não exemplo da medida carcerária Regime Disciplinar Diferenciado inserida no ordenamento jurídico brasileiro, explicada nos quesitos anteriores. As medidas de disciplina carcerária devem ser instrumentos para consolidar a ordem no cárcere, estando vetadas de assumir papel torturador para afirmar o abuso de poder e arbitrariedade.²⁸⁶

Nos dois países supracitados²⁸⁷, a medida de disciplina carcerária é um instituto jurídico utilizado na execução da pena com fins de atingir a segurança, boa ordem e, ainda, é empregada na tentativa de promover a boa convivência interna dentro das prisões.²⁸⁸ Em Portugal, as medidas de ordem, segurança e disciplina estão previstas no título XII do Código de Execução das Penas, no Brasil, a previsão legal das medidas disciplinares carcerárias podem ser visualizadas na Seção III da Lei de Execução Penal.

Assim, temos que em Portugal e no Brasil, são dispostas medidas disciplinares distintas, mas objetivam na mesma prevenir o caos e as condutas violentas que possam ser realizadas pelos detentos dentro das prisões. Observa-se que as medidas disciplinares prisionais são o instrumento para promover um estado de contenção e obediência/subordinação sob o detento, sendo utilizada de forma intimidatória e nas palavras de José Henrique Duarte “que os leva a reflectir/interiorizar que a sua aplicação sancionatória produz efeitos negativos directos e colaterais”.²⁸⁹

No entanto, o que se pretende expor neste quesito é que a medida disciplinar não pode ir além da função disciplinar para educar e, infelizmente, o que se percebe na realidade das prisões no Brasil e em Portugal, é que temos, para além de tudo sim, um instrumento

²⁸⁶ ABREU, Carlos de Pinto Alves Abreu. As Reformas do Sistema de Execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado. Finalmente a dignidade de que se impõe?. In: Direito e Justiça. Vol. Especial. Universidade Católica Portuguesa. Lisboa. 2004. p. 293

²⁸⁷ No presente quesito, vale ressaltar que apenas se irá dispor sobre uma brevíssima análise das medidas de disciplina carcerária no âmbito de Portugal e no Brasil.

²⁸⁸ DUARTE, José Henrique. ob. cit. 80.

²⁸⁹ DUARTE, José Henrique. ob. cit. p.80.

carcerário restritivo e amedrontador, que causa aflição e trás a vida do encarcerado um sentimento de caráter vingativo.²⁹⁰

A função da pena de prisão deve pretender reformular o indivíduo transgressor, e não torna-lo uma pessoa amedrontada, doente fisicamente e psicologicamente. Por vezes, as medidas de disciplina assumem o caráter de ameaçar e punir o preso sob a suspeita de que o mesmo possa intimidar a ordem carcerária e ameaçar a paz social, se tornando assim, um instrumento de poder contentivo e ameaçador.

As utilizações de métodos intimidatórios inseridos nas medidas de disciplinares carcerárias assumem o efeito preventivo mais importante do sistema prisional, mesmo que para isso, tenha-se que cursar a cultura do medo nos encarcerados. Como visto em outros quesitos, a não exemplo, temos o Regime Disciplinar Diferenciado, que é considerado, pela maior parte da doutrina jurídica brasileira, a maior ameaça física e psicológica que um custodiado possa ser submetido dentro do cárcere.

As realidades prisionais no âmbito do Brasil e Portugal passam por momentos difíceis de desorganização, má estrutura e superlotação que interferem diretamente na não concretização ampla da prevenção, retribuição e ressocialização do apenado. O grande conglomerado de pessoas nos estabelecimentos carcerários promove a invisibilidade da pessoa de direitos individuais e promove a necessidade de implementação de regras visando o grupo geral e essa situação dificulta o olhar individualizado para cada encarcerado.

Por fim, pretende-se com a dissertação de mestrado, dispor que as medidas disciplinares devem ser meios alternativos de controle que contribuam com as finalidades da execução da pena observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não devem assumir o caráter de penalizar na pena e/ou em cima de um já cumprimento de pena e por isso, devem ser usadas apenas como complementação para ordem e disciplina no sistema penitenciário.

As soluções imediatas e emergenciais usadas pelo Estado ao grupo encarcerado não devem prevalecer mediante ao olhar individual para cada pessoa presa, afinal, cada um,

²⁹⁰ DUARTE, José Henrique. ob cit. ANTUNES, Ruy da Costa. Problemática da Pena. Dissertação apresentada à faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para professor catedrático de Direito Penal. Recife Faculdade de Direito da Universidade do Recife. Disponível em: www.crmmt.cfm.org.br. 1958, p.54.

individualmente possui direitos, deveres e garantias fundamentais, apesar do cerceamento da liberdade por ter cometido um crime, que devem ser resguardadas pelo Estado e pelo Poder Judiciário, previstas na Constituição/Carta Magna no Brasil e em Portugal.

Deve-se primar pela reeducação, reabilitação e ressocialização de cada indivíduo encarcerado. As medidas de disciplina prisionais devem acompanhar a evolução e respeitar a possibilidade de regeneração de cada preso individualmente, não devendo apenas servir para amedrontar e adoecer o homem no cárcere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio da presente dissertação de mestrado foi apresentar uma análise crítica sobre a prisão como pena, sob o prisma da efetividade das normas penais na execução da pena, considerando assim, o seu devido papel e interferência na vida do encarcerado e sua situação perante os sistemas penitenciários em Portugal e no Brasil.

Pretendeu-se fazer considerações acerca das finalidades da execução da pena e, ainda, se buscou um olhar crítico sobre a medida de segurança carcerária Regime Disciplinar Diferenciado, no contexto carcerário brasileiro, tencionando-se apresentar um não-exemplo a ser cultivado pelos sistemas penitenciários atuais e futuros.

Nos tempos hodiernos, os problemas no cárcere se expandiram de forma significativa e nota-se que o estabelecimento prisional não apresenta uma preocupação com as finalidades da pena (retributiva, preventiva e ressocializadora), se distanciando cada vez mais do efetivo cumprimento de pena digno destinado à pessoa humana. A superlotação, a insalubridade e o tratamento desumano destinado ao preso são uma realidade que precisa ser estudada e modificada, pois deve-se ter em atenção que este ser humano retornará à sociedade que o excluiu.²⁹¹

O homem encarcerado, apesar de ter cometido um tipo ilícito (crime) e ter perdido o direito à liberdade, é, ainda, detentor de direitos e de garantias fundamentais da pessoa humana, não podendo ser esquecido, deixado à própria sorte, em sítios horrendos que não proporcionam qualquer oportunidade para uma futura reinserção social.

²⁹¹ O que se deve esperar de um ser humano que foi deixado à sua própria sorte em um cárcere insalubre, superlotado, violento e incentivador de fúria? Como este indivíduo voltará para a sociedade que tanto fechou os olhos para essa situação desumana? Difícil alcançar a reabilitação de um preso que nunca teve oportunidade de aprender a conviver em sociedade novamente, sendo apenas punido severamente e esquecido em estabelecimentos penais desumanos. Neste sentido: “(...) todos os poderes e toda a sociedade, por seus diversos segmentos deve ser mobilizada, pois o retorno do homem, após o cumprimento da pena, dará exatamente, dentro da sociedade que temporariamente o alijou”. KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal. 9ª edição anotada. Curitiba. Editora Juruá. 2011. p.37.

Assim, para além do direito de punir, o Estado não pode esquecer que possui o dever de ofertar programas efetivamente ressocializadores, pois o cidadão encarcerado irá retornar àquela sociedade que tanto o teme.²⁹²

Constata-se que a situação do sistema penitenciário é problemática e que levanta muitas questões, das quais a superlotação, a insalubridade e a violência institucional e interna comum são exemplos. Para além disso, o sistema promove a dessocialização do preso e não o observa como um sujeito possuidor de garantias e de direitos sociais.²⁹³

Ademais, temos que a sociedade e o Estado devem perceber a pena além da simples punição, devendo-se buscar uma punição mais humana que objetive a reabilitação social do indivíduo que cometeu o crime. No entanto, constata-se que a realidade prisional se afasta da teoria e das leis penais. As normas que garantem direitos e deveres aos presos são deixadas de parte, não permitindo assim, que a pena cumpra a sua efetiva função de ressocialização.²⁹⁴

Deste modo, a importância prática da execução penal deve ser incisivamente destinada ao preso e, ainda, tem a obrigação de assumir resultados na vida do mesmo que sofre a sanção penal, mas, sobretudo, deve assumir o papel da reeducação e reabilitação do

²⁹² O Estado de direito deve assumir a ressocialização como um aspeto material-social. O dever de punir e corrigir é exclusivo do Estado, mas o mesmo não deve esquecer-se da função ressocializadora, segundo a qual deve oportunizar ao preso, programas para uma efetiva reinserção social pós cárcere. COSTA ANDRADE, Manuel. “Constituição e Direito Penal”, in *A justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e pratica do processo criminal em Portugal e nos Estados unidos da América*. Lisboa. Editora Luso-Americana para o Desenvolvimento. 1998. p. 207.

²⁹³ A insalubridade e as condições impiedosas da vida *in loco* no cárcere, na atualidade, conjuntamente com as regras de disciplina, a violência institucional e psicológica em que o preso é submetido não podem ser consideradas ações respeitadoras e atenciosas quando destinada ao indivíduo encarcerado, que apesar de ter perdido o direito a liberdade, ainda é possuidor de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Sobre isso, temos: “O preso constitui-se, de facto, em <<pátrias sem direito lógico a ter direitos, sob pena de segurança abstrata da nação estar em risco. Ao mesmo tempo, todos os direitos, menos os de resistir a detenção e encarceramento, lhe são formalmente reconhecidos constitucionalmente.” DUARTE, José Henrique Duarte op. cit. pp.45 a 46 apud DORES, Antônio Pedro. *A prisão vista pelos presos*. Disponível em: <http://home.isctec.pt>. 2001,p.2 apud Anomia em Durkheim – entre a sociologia e a psicologia prisionais., in: *Direito e Justiça Vol. Especial*. Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, pp.95 a 118.

²⁹⁴ Neste sentido, percebe-se que a prática está longe da realidade dos factos no sistema carcerário. Tem-se a lei com várias disposições normativas que revelam o mais puro direito e a situação prática prisional direta. Sobre a questão, Jorge de Figueiredo Dias nos explica: “não é pois na configuração teórica do sistema sancionatório português e na sua adequação ao paradigma emergente da política criminal que podem suscitar-se dificuldades, se não que, como sugerimos, na forma e na extensão com que aquele sistema tem sido levado à prática”. SANTOS, Cláudia Cruz Santos. ob. cit. p. 503 apud. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*. Reimpressão. Coimbra Editora S.A. 2005, p. 85.

indivíduo, evitando, neste sentido, a reincidência criminal e proporcionando-lhe um novo estilo de vida.

Ao fim e ao cabo, deve-se pensar em uma justiça criminal e um sistema prisional que correspondam diretamente às finalidades da execução da pena. Há uma responsabilidade direta da sociedade e do Estado na preparação do indivíduo encarcerado para que o mesmo possa regressar “melhor” para o meio social e apenas se alcançará este objetivo quando houver um olhar incisivo para as devidas (precisas) mudanças no sistema prisional que visam, em linhas retas, a ressocialização do ser humano encarcerado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Carlos de Pinto Alves Abreu. As Reformas do Sistema de Execução de penas e do sistema prisional e o papel do advogado. Finalmente a dignidade de que se impõe?. In: Direito e Justiça. Vol. Especial. Universidade Católica Portuguesa. Lisboa. 2004.
- AMARAL, Cláudio de Padro. A História da Pena de Prisão. Jundiaí. Paco Editorial. 2016.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ e TUCCI, José Rogério. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais Brasileiros, 1996.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo op. cit. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *De Los Delitos y de Las Penas*. Alianza Editorial, S.A. Madrid. 1996.
- BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. Organização de Tomaz Tadeu. Tradução de Guacira Lopes Louro, M.D Magno e Tomaz Tadeu. 2ª edição. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- BOLETIM IBCCRIM, ano 11 nº. 134, janeiro 2004.
- CAMPOS, Sandra Maria Cardita Silveirinha Campos. Sistemas Prisionais Europeus. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2015.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. A prisão. São Paulo. Publifolha. 2002.
- CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Salo de Carvalho; FREIRE, Cristina Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 18 4(1):7-26, Jan.-Dez. de 2005.
- CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã (Novas Críticas às Reformas no Sistema Punitivo Brasileiro). Revista do IBCCRIM, São Paulo, a.12, n. 50, Editora Revista dos Tribunais, p. 91ª 118, set./out. 2004.

- CARVALHO, Thaína Puga Cardoso Brabo de. Controle Jurisdicional da Execução da Pena de Prisão Direito de Acesso a um Tribunal Pelo Preso. Dissertação de Mestrado pela Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel Figueiredo Marcos), História do Direito Português. 5ª edição. Livraria Almedina. Coimbra. 2012.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA). Dados recolhidos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Por Eliane Patricia Cruz em 09.10.2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14087-Passados-20-anos-nao-ha-condenados-pelo-Massacre-de-Carandiru>.
- COSTA ANDRADE, Manuel. “Constituição e Direito Penal”, in A justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e pratica do processo criminal em Portugal e nos Estados unidos da América. Lisboa. Editora Luso-Americana para o Desenvolvimento. 1998.
- COSTA, José de Faria. Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal, in A Justiça dos Dois Lados do Atlântico – Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América. Seminário realizado no auditório da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Versão Portuguesa. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Novembro de 1987.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (com a colaboração de Rui Manuel Figueiredo Marcos), História do Direito Português. 5ª edição. Livraria Almedina. Coimbra. 2012.
- CORREIA, Eduardo. Estudos sobre a evolução da pena no direito português, vol. I, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LIII. Coimbra, s/d.
- CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Livraria Almedina. Coimbra. 1968.
- DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal, Questões fundamentais, A doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora. 2004.
- DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. São Paulo, RT, 1998.
- DOTTI, René Ariel. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005.
- DUARTE, José Henrique. Banir o Delinquente, Salvar o Homem A mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplinar prisional. Edições Almedina S.A, 2013.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: IBCCrim, 2005.

- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito penal. 7ª. Ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo. Saraiva. 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/constitregimedisciplinardifer.pdf>.
- GOMES, Luiz Flávio. Palestra proferida em 15 de julho de 2004, em Canela. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <http://www.lfg.com.br>.
- GONZAGA, João Bernardino. A Inquisição Em Seu Mundo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. Editora Impetus, 10ª Ed. Rio de Janeiro. 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Processos de Execução e Direito de Defesa. Revista Interamericana de Direito Processual Penal. v.3º de 12 de outubro de 1978.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e BUSANA, Dante (coord.) Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- GUSMAN, Luís Garrido. Manual de Ciência Penitenciária. Editoriales de Derecho Reunidas Editora EDERSA.Madrid.1983.
- HANSSEMER, Winfried. Três temas do Direito Penal. Porto Alegre. Fundação Escolar Superior do Ministério Público, 1993.
- HEGEL, Princípios da filosofia do direito. Guimarães Editora. Lisboa. 1959.
- HOWARD, John. The States of the prison in England and Wales, with preliminar observations, and account of some foreign prisons. William Eyres. Warrington. 1777.
- IFOPEN em parceria com o DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias IFOEN - junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Coleta de dados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. MOURA, Tatiana Whately de. E RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro.
- JACKSON, Michael. Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada, Toronto. University of Toronto Press.1983.

JUSBRASIL, Revista. O Fernandinho Beira-Mar pede ao STF para não ser obrigado á cumprindo RDD novamente. Disponível em: <<http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2280544/fernandinho-beira-mar-pede-ao-stf-para-nao-ser-obrigado-a-cumprir-rdd-novamente>>.

LASTRES, Francisco. *Estudios sobre Sistemas Penitenciários*. Madrid. Editora Libreria de A. Duram. 1875.

LEAL, Cesar Barros. *Execução Penal na américa latina a luz dos direitos humanos, uma viagem pelos caminhos da dor*. Curitiba. Juruá.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias IFOEN - junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Coleta de dados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. MOURA, Tatiana Whately de. E RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro.

LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. *Teoria e prática da execução penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 2.

LOPES, José Guardado. *Achegas para a História do Direito Penitenciário Português*. Lisboa. S/Ed. 1995.

MALTEZ, José Adelino. *História das Instituições (Instituições criminais antigas)*. Lisboa. 1980. pp. 282-287.

MAGGIORE. *Diritto Penale*. Bologna, 1958. P.789 apud HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentarios ao Código Penal*, Rio de Janeiro, v.1, t.II, Editora Forense, 5ª edição, 1987.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10ª. Edição, revisada e ampliada. São Paulo. Saraiva, 2012.

MARCONDES, Pedro. *Políticas Públicas orientadas a melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. V.11, nº 43. P.251., abril/junho 2003.

MENDES, Cláudio Júnior. *Execução Penal e Direitos Humanos, para provas e concursos*. Curitiba, Editora Juruá, 2010

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. Editora Atlas. 11ª Edição 2004.

MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, Parte Geral, artigos 1º ao 120 do Código Penal*. São Paulo, Editora Atlas, 29º edição, revisada e atualizada, 2013.

Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, R010, Página 1 de 1. Disponível em: <<portal.mj.gov.br>>. Acesso em 03.05.2017.

- MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. Livro XI, Capítulo VI. Coleção Os Pensadores. São Paulo. Victor Civita. 1979.
- MOURA, Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado. 2007, p.287. apud CARVALHO, Salo. Crítica à Execução Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2007.
- MISCIASCI, Elizabeth. A primeira prisão e os Presídios, Aprisionar. Revista web. Parte 1. São Paulo:199. Disponível em:http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm. Acesso em: 25 de maio de 2014.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª edição, 1996, p.5-6 apud Macão, Renato. Curso de execução penal. São Paulo, editora Saraiva, 11ª edição, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. 1ª Edição 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo Penal e Execução Penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição revisada, ampliada e atualizada, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.
- QUERALT, Joan J. *EL principio non bis in idem*. Madrid. Editora Tecnos, 1992.
- RAMIREZ, Sérgio Garcia. Reprisión y Tratamiento Penitenciario de Cuminales. México D.F. Logos. 1962.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais n.º 15. Janeiro-Abril de 2014. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/191-Artigos. Acesso em 03.02.2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Pena Privativa de Liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra Editora. 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 380. Lisboa, 1988.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização Jurisdicionalização Consensualismo e Prisão. Coimbra Editora, 2000.

- RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. 2.^a Edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ROMÃO, Miguel Lopes. Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal. Tese de Doutoramento. Coimbra. Edições Almedina, S.A. 2015, pág. 169.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JUNIOR, Alceu Corrêa. Pena e Constituição: Aspectos Relevantes Para sua Aplicação e Execução. São Paulo, RT, 1995.
- Secretária da Administração Penitenciária da Assessoria de Imprensa do Estado São Paulo. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Disponível em: [http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf].
- SANÉ, Pierre. Prisões e Violação de Direitos Humanos, Folha de São Paulo 25 de junho de 1999.
- SANTIS, Bruno Moraes Di Santis e ENGBRUCH, Werner. A Evolução Histórica do Sistema do Sistema. Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. Revista Liberdades, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 11, setembro/dezembro de 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HISTORIA.
- SANTOS, Maria José Moutinho dos. A Sombra e a Luz. As prisões do liberalismo. Afrontamento. 1999
- SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, pra quê e como? 1^a edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JUNIOR, Alceu Corrêa. Pena e Constituição: Aspectos Relevantes Para sua Aplicação e Execução. São Paulo, RT, 1995.
- SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro, segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e pela jurisprudência – Vol. I. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial.
- SYKES, Gresham M. The Society of Captives. New Jersey: Princenton University. 1972.
- TEIXEIRA, Alessandra. Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção: O Percorso Contemporâneo do Sistema Penitenciário Brasileiro. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - USP, 2006.
- Título XXXVIII das Ordenações Filipinas.

- THÓT, Ladislau. A Evolução Histórica do Direito Penal. Lisboa: Tipografia Penitenciária. 1932.
- Vade Mecum – Código Penal, Código Processual Penal e Legislação Correlatada Brasileira/ Organização Por Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. 2ª Edição Revisada, atualizada e ampliada. Editora Armador. Recife. 2014.
- VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. São Paulo, editora Companhia das Letras, 1999.
- VIEIRA, Anderson. Comissões. Agência do Senado. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/05/10/advogado-propoe-fim-de-regime-disciplinar-diferenciado-nos-presidios/tablet>. 05 de maio de 2010.
- Veredas do Direito, Vol. 3, Issue 6(July- December 2006). Entrevista com o Juiz da vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, MG/Brasil e membro do C.N.P.C Hebert Carneiro. Disponível em: http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rveredire3&div=26&start_page=173&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Parte general. Volume V. Buenos Aires, Editora Ediar. 1998.
- KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal - Primeira impressões em reforma criminal. Publicado em 26.02.2004 pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.
- KUEHNE, Maurício. Lições de execução penal. Aspectos objetivos. 2ª. Edição, revisada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

- Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT/MT).” Processo número: 0000042.16.2013.5.23.0006. Disponível em:< https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/112166865/presidios-insalubres-estado-de-mato-grosso-e-condenado-em-500-mil-por-dano-moral-coletivo?ref=topic_feed>.
- STF - HC: 104815 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00238) Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24118007/habeas-corpus-hc-113015-ro-stf#>>
- TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 86166120134014100 RO 0008616-61.2013.4.01.4100 (TRF-1). Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24812990/agravo-em-execucaopenal-agepn86166120134014100-ro0008616-6120134014100-trf1>>.

ANEXOS

ANEXO

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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.

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

Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6o A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório." (NR)

"Art. 34.

§ 1o (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando." (NR)

"Art. 53.

.....
V- inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

"Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias." (NR)

"Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

"Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado."

....." (NR)

"Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar." (NR)

"Art. 70.

L- emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;

....." (NR)

"Art. 72.

.....

VI- estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1o A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

[§ 3o](#) Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

[Parágrafo único.](#) A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei." (NR)

["Art. 112.](#) A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

["Art. 185.](#) O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (NR)

["Art. 186.](#) Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (NR)

["Art. 187.](#) O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa." (NR)

["Art. 188.](#) Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (NR)

["Art. 189.](#) Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas." (NR)

["Art. 190.](#) Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam." (NR)

["Art. 191.](#) Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente." (NR)

["Art. 192.](#) O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo." (NR)

["Art. 193](#) Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete." (NR)

["Art. 194.](#) (revogado)"

["Art. 195.](#) Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo." (NR)

["Art. 196.](#) A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada." (NR)

"Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado." (NR)

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no [art. 60, § 1o, da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997.](#)

Art. 5º Nos termos do disposto no [inciso I do art. 24 da Constituição da República](#), observados os [arts. 44 a 60 da Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984](#), os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6º No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o [art. 194 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941.](#)

Brasília, 1º de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos