

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO.

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE – O DESAFIO DE
GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
PRESOS**

Goiânia
2010

Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e Toledo

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE – O DESAFIO DE
GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
PRESOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Professor Dr. Pedro Sérgio dos Santos.

Goiânia

2010

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE – O DESAFIO DE
GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
PRESOS.**

Acadêmica: Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e Toledo

Orientador: Prof. Dr. Pedro Sérgio dos Santos

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Pedro Sérgio dos Santos

Pontifícia Universidade Católica de Goiás

Assinatura: _____

Professora Doutora Sílzia Alves Carvalho Pietrobon

Universidade Federal de Goiás

Assinatura: _____

Professora Doutora Ana Luisa Celino Coutinho

Universidade Federal da Paraíba

Assinatura: _____

Dedico este trabalho ao meu filho que renovou em mim a vontade de lutar por um mundo mais justo.

AGRADECIMENTOS

No transcorrer dessa caminhada pela pesquisa e pelo conhecimento, agradeço a Deus, criador de todas as coisas, pela oportunidade de crescer e enxergar o mundo por uma nova ótica e pela graça do conhecimento. À minha família, que sempre me ensinou a perseguir ideais. Ao meu marido, Márcio Toledo, grande companheiro de luta. A todos os professores do Mestrado PUC-Goiás, pelas sábias orientações e, principalmente, ao professor Orientador Dr. Pedro Sérgio dos Santos que me instigou a pesquisar, a criticar e com seus ensinamentos conduziu-me durante a realização deste trabalho. Todo esse tempo foi tão cheio, tão vibrante, que, no dizer poético de Cora Coralina, é possível ressaltar: "Nos fez esquecer o termo cansada".

A prisão é a imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça.

(Michel Foucault. *In*, A verdade e as formas jurídicas).

RESUMO

O Ministério Público surgiu como uma instituição incumbida de defender os interesses do soberano e promover a acusação penal. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu novo perfil à instituição, ao priorizar a atuação em defesa dos direitos fundamentais. A pena privativa de liberdade, por sua vez; também surgiu como instrumento de imposição da vontade do soberano dirigido àquele que transgredisse a ordem dominante e, ao longo do tempo, recebeu contornos diferentes à medida que se alteravam fatores políticos, econômicos e sociais. No cenário internacional, o direito penitenciário ganhou destaque, a partir de 1955, quando a Organização das Nações Unidas elaborou as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos. Desde então, o ideário humanitário e socializador passou a permear a legislação nacional e internacional. A Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84, anterior ao texto constitucional, não previu a atuação do Ministério Público, como garantidor dos direitos fundamentais dos presos. Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a investigar a atuação do Ministério Público brasileiro no acompanhamento e fiscalização da pena privativa de liberdade, no intuito de verificar se há consonância com a nova feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988, de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais, ou se a instituição continua apegada à função de "acusador implacável" e nesse sentido está contribuindo para o caos do sistema penitenciário. Os postulados teóricos; estarão centrados em autores pertinentes ao tema, como: ALBERGARIA (1992); ANDRADE (2002); BARBOSA (2002); BECCARIA (1996), BITENCOURT (2001); BOBBIO (2004); CANOTILHO (1998); FOUCAULT (1987/2002); FRAGOSO (1980); MAZZILLI (2005); MIRABETE (1997/1998); ROXIN (1986/2000); SHECAIRA (1995/2004), além de outros.

Palavras-chave: Ministério Público. Pena Privativa de Liberdade. Direitos Fundamentais dos Presos. Efetividade.

ABSTRACT

The Public Attorneys was created as an institution to defend the interests of sovereign will and to promote the penal prosecution. In Brazil, the Federal Constitution of 1988 conferred a new profile to the institution, by prioritizing the defense of basic human rights. The prison sentence, in turn; also appeared as an instrument of enforcing the sovereign will, directed toward transgressors of the law. Over time, it was molded and shaped according to political, economical and social changes. In the international scene, the penitentiary's rights gained distinction in 1955, when the United Nations Congress elaborated the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Since then, the humanitarian and social idealism has made its way into the national and international legislation. The Law of Criminal Execution, Law N. 7,210/84, prior to the constitutional text, did not foresee the action of the Public Attorneys in defending the basic human rights of the prisoners. In this context, this paper proposes to investigate the performance of the Brazilian Public Attorneys through the following and inspection of the prison sentence, with the intention of verifying that it is in agreement with its new character, according to the Federal Constitution of 1988, of defending and keeping the legal order, the democratic system and the basic human rights, or if the institution continues to be engaged in the role of "relentless accuser" and in this sense is contributing to the chaos of the penitentiary system. The theoretical postulates will be centered on authors pertaining to the issue, such as: ALBERGARIA (1992); ANDRADE (2002); BARBOSA (2002); BECCARIA (1996), BITENCOURT (2001); BOBBIO (2004); CANOTILHO (1998); FOUCAULT (1987/2002); FRAGOSO (1980); MAZZILLI (2005); MIRABETE (1997/1998); ROXIN (1986/2000); SHECAIRA (1995/2004), among others.

Keywords: Public Attorneys. Custodial Sentence. Fundamental Rights of Prisoners. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO	15
1.1. Breve Histórico.....	15
1.2. Princípios orientadores relativos à função do Ministério Público, adotados pela Organização das Nações Unidas	22
1.3. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988	27
CAPÍTULO II – A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	41
2.1. Origem e evolução da pena privativa de liberdade	41
2.2. A finalidade da sanção penal	50
2.2.1. Teorias absolutas ou retributivas da pena	50
2.2.2. Teorias relativas.....	52
2.2.2.1. Teoria da prevenção geral.....	52
2.2.2.2. Teoria da prevenção especial.....	55
2.2.3. Teoria mista ou unificadora da pena	57
2.3. Os sistemas penitenciários.....	58
2.3.1. Sistema Pensilvânico ou celular	58
2.3.2. Sistema Auburniano	62
2.3.3. Sistema progressivo.....	63
CAPÍTULO III – NORMAS QUE DISCIPLINAM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL.....	65
3.1. Os tratados internacionais e as normas da Organização das Nações Unidas sobre a pena privativa de liberdade.....	65
3.2. As normas que disciplinam a pena privativa de liberdade no Brasil	77
3.2.1. A pena privativa de liberdade nas Constituições brasileiras	77
3.2.2. A pena privativa de liberdade na Constituição Federal de 1988.....	86
3.2.3. A pena privativa de liberdade na legislação penal	96
3.2.4. A pena privativa de liberdade no Código Penal de 1940.....	101
3.2.5. A pena privativa de liberdade na Lei de Execução Penal.....	118
CAPÍTULO IV – O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO PENAL.....	145
4.1. O Conselho Nacional do Ministério Público e a execução penal.....	145
4.2. Modelos de acompanhamento de execução penal adotados pelos Ministérios Públicos no Brasil	152

4.2.1.	Ministério Público do Acre.....	153
4.2.2.	Ministério Público de Alagoas	153
4.2.3.	Ministério Público do Amapá	154
4.2.4.	Ministério Público do Amazonas	154
4.2.5.	Ministério Público da Bahia	155
4.2.6.	Ministério Público do Ceará	155
4.2.7.	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.....	156
4.2.8.	Ministério Público do Espírito Santo	157
4.2.9.	Ministério Público de Goiás	157
4.2.10.	Ministério Público do Maranhão	158
4.2.11.	Ministério Público do Mato Grosso	158
4.2.12.	Ministério Público do Mato Grosso do Sul	158
4.2.13.	Ministério Público de Minas Gerais.....	159
4.2.14.	Ministério Público do Pará	159
4.2.15.	Ministério Público da Paraíba.....	159
4.2.16.	Ministério Público do Paraná	160
4.2.17.	Ministério Público de Pernambuco	160
4.2.18.	Ministério Público do Piauí	161
4.2.19.	Ministério Público do Rio de Janeiro.....	161
4.2.20.	Ministério Público do Rio Grande do Norte.....	161
4.2.21.	Ministério Público do Rio Grande do Sul.....	162
4.2.22.	Ministério Público de Rondônia.....	162
4.2.23.	Ministério Público de Roraima.....	163
4.2.24.	Ministério Público de Santa Catarina.....	163
4.2.25.	Ministério Público de São Paulo	163
4.2.26.	Ministério Público de Sergipe	164
4.2.27.	Ministério Público do Tocantins	164
4.2.28.	Ministério Público Federal.....	164
4.2.29.	Ministério Público Militar	165
4.3.	Considerações sobre os modelos de acompanhamento de execução penal	165
4.4.	Artigos 67 e 68 da Lei de Execução Penal e a feição constitucional do Ministério Público.....	168
	CONCLUSÃO.....	175
	REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

O tema proposto no presente estudo é a atuação do Ministério Público na execução da pena privativa de liberdade. A Constituição Federal do Brasil de 1988 inaugurou a feição atual da instituição, ao elevar-lhe à condição de permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e ao lhe atribuir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹.

Essa nova estrutura constitucional trouxe importantes reflexos na atuação do Ministério Público no processo penal, fazendo-o abandonar a condição de “acusador implacável” e incorporar a condição de garantidor da legalidade, da ordem social e da segurança e paz públicas. À instituição foi conferido o poder/dever de zelar pelos direitos assegurados na Constituição Federal², valendo-se das medidas necessárias; o que remete à efetivação do respeito e da primazia dos direitos humanos.

Entretanto, no que diz respeito à atuação do Ministério Público no acompanhamento e fiscalização da execução penal, a legislação infraconstitucional não acompanhou as mudanças institucionais trazidas pela Carta Magna. A Lei de Execução Penal, que é anterior ao advento do texto constitucional, havia incumbido o Ministério Público de fiscalizar a execução da pena³. No entanto, a incumbência preconizada pela Lei era restrita ao aspecto individual do processo executivo. Não se cogitava, à época, que a instituição tivesse atribuição para agir em defesa dos interesses transindividuais dos presos.

Nesse contexto, torna-se necessário compatibilizar a obrigação legal de fiscalizar a execução da pena com a feição de garantidor dos direitos fundamentais, conferida pela Constituição ao Ministério Público.

Logo, o problema central a ser investigado nesse estudo é se a atuação do Ministério Público brasileiro no acompanhamento e fiscalização da pena privativa de liberdade está sendo condizente com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988 de garantidor dos direitos fundamentais, ou se a instituição continua apegada à função de "acusador implacável" e limitada à atuação individualista

¹ Conforme artigo 127, *caput*, da Constituição Federal.

² Conforme artigo 129, II, da Constituição Federal.

³ Artigo 67 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

prevista na Lei de Execução Penal, e, nesse sentido, tem contribuído para o caos do sistema penitenciário.

Diante do problema proposto, foi imperioso realizar um estudo sobre as origens e evolução, tanto do Ministério Público – com vistas a compreender o funcionamento da instituição, quanto da pena privativa de liberdade – de modo a conhecer seus objetivos declarados e reais; as teorias que buscam legitimá-la, e as normas que disciplinam sua execução.

A partir deste estudo inicial, buscou-se investigar os modelos de acompanhamento de execução penal adotados pelos Ministérios Públicos no Brasil e a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, no que diz respeito à execução da pena privativa de liberdade para, ao final, compatibilizar as atribuições conferidas à instituição pela Lei de Execução Penal, com a missão de guardadora dos direitos fundamentais que lhe foi dada pela Constituição Federal.

Nesse desiderato, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo das teorias e leis sobre o Ministério Público e a pena privativa de liberdade para investigar a prática da instituição na execução penal. O método de procedimento utilizado foi o histórico, consistente no estudo sobre os antecedentes históricos do Ministério Público, a origem e a evolução da pena privativa de liberdade e a influência das instituições do passado na sociedade de hoje. A técnica manejada foi a pesquisa bibliográfica, ao se buscar o suporte de livros e artigos científicos para o conhecimento do tema proposto, abalizado por teoria pertinente.

Além desta Introdução e da Conclusão, esta dissertação está estruturada em quatro capítulos, da seguinte forma:

O Capítulo I abordará os antecedentes históricos do Ministério Público, sua evolução no Brasil e a atual feição conferida à instituição pela Constituição Federal de 1988, além dos Princípios Orientadores relativos à função do Ministério Público, adotados pela Organização das Nações Unidas em 1990.

O Ministério Público nasceu como instituição concebida para defender os interesses do soberano e assim se portou durante a maior parte de sua história⁴. Com o

⁴ A origem mais comum do Ministério Público remonta à França, no século XIV.

passar do tempo, sofreu oscilações, ao se reinventar, ao agregar outras atribuições e aperfeiçoar seus ideais.

Esse aperfeiçoamento foi concomitante às alterações experimentadas por toda a sociedade ocidental. A partir do Século XVIII, os ideais do iluminismo promoveram diversas garantias ao cidadão, como a previsão de igualdade em direitos e obrigações, além de reestruturar o Estado em bases mais democráticas, com a tripartição dos poderes.

Essa mutação do Estado absolutista em Estado de direito também provocou mudanças no Ministério Público, que, aos poucos, foi abraçando as demandas sociais como sua missão. Em vez de defender o Estado (soberano), hoje defende a sociedade, até mesmo contra o Estado.

O Capítulo II tratará sobre a origem e evolução da pena privativa de liberdade, das teorias que procuraram lhe conferir legitimidade como sanção penal e dos sistemas penitenciários que se desenvolveram ao longo do tempo.

A privação da liberdade, a partir de uma visão diacrônica, sempre existiu; embora tenha recebido contornos diferentes na medida em que se modificava a dinâmica da vida social. Inicialmente, o aprisionamento não era tido como pena, mas sim como medida de cautela dos réus até que fossem submetidos a julgamento. Nessa época, não havia qualquer preocupação com as condições do cárcere, nem com o tratamento conferido ao preso, em bárbaras cenas de desumanidade.

Os primeiros penitenciaristas foram inspirados pelo direito canônico, que previa as prisões eclesiásticas como forma de expiação, castigo, aliada à idéia de reabilitação do indivíduo por intermédio da aceitação da culpa.

A idéia de privação da liberdade como pena começou a se desenvolver a partir da segunda metade do século XVI, quando a atividade industrial incipiente começou a reclamar mão-de-obra. Nesse contexto, a pena privativa de liberdade surgiu como verdadeiro instrumento de dominação política, econômica e ideológica. Desta forma, a força de trabalho dos miseráveis podia ser aproveitada.

Entretanto, com a transição do sistema manufatureiro para o industrial, o trabalho carcerário começou a perder importância. Assim, ao passo em que as prisões se

tornaram desinteressantes economicamente, as condições de vida dos encarcerados pioraram.

Este trabalho parte, pois, da perspectiva foucaultiana de que o objetivo da prisão, apesar das finalidades declaradas, sempre foi de controlar os indivíduos, seja **por meio** dos suplícios do corpo ou da alma; revelando-se seletiva, estigmatizante e produtora de violência.

O Capítulo III contemplará as normas que disciplinam a pena privativa de liberdade no direito internacional e nacional. Diversos são os documentos de direito internacional, entre tratados, convenções e demais documentos produzidos no âmbito das Nações Unidas, que trouxeram regramentos à execução da pena privativa de liberdade, nos quais, é sempre ressaltada a necessidade de preservação dos direitos humanos.

O direito penitenciário emergiu no cenário internacional em 1955, quando da elaboração de Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos pelo Primeiro Congresso da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes.

Quanto à legislação pátria, neste estudo é apresentado um histórico das normas sobre privação de liberdade; normas estas que são encontradas nas Constituições e leis penais, que se sucederam ao longo do tempo; ao se propiciar maior ênfase ao disposto na Constituição Federal de 1988, no Código Penal de 1940 e na Lei de Execução Penal.

O Capítulo IV tratará, especificamente, da atuação do Ministério Público na execução penal e da necessidade de compatibilizar a Lei de Execução Penal com o texto constitucional, a partir da análise dos modelos de acompanhamento e fiscalização de execução penal adotados pelo Ministério Público brasileiro.

Por fim, são expostas as notas conclusivas e referências bibliográficas, **que** propiciarão no encerramento do presente trabalho, uma ampla visão, discutida e fundamentada em teoria pertinente, acerca do verdadeiro e essencial papel do Ministério Público na execução da pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO I - O MINISTÉRIO PÚBLICO

Este primeiro capítulo surgiu da necessidade de conhecer os antecedentes históricos do Ministério Público e seu processo evolutivo; de modo a compreender o funcionamento da instituição. Além disso, procurou-se estabelecer um panorama das normas que disciplinam a atuação do Ministério Público, no âmbito nacional e internacional.

Para tal fim, os esforços foram concentrados no que dispõe a Constituição Federal do Brasil de 1988 e Os Princípios Orientadores relativos à função do Ministério Público, elaborados pela Organização das Nações Unidas. No que concerne a estas funções, desde o princípio do século XX as atribuições foram definidas, conforme a edição príncipe de 1907, que se apresenta abaixo.

1.1. Breve Histórico

Os estudos acerca dos antecedentes históricos do Ministério Público apresentam diversas prováveis origens. Alguns indicam que a origem mais remota, data de quatro mil anos, no Egito antigo, onde havia a figura do *magiaí*, funcionário real que era “a língua e os olhos do rei”.

Para outros, a origem estaria na Grécia antiga, nos *thesmothetis* ou *tesmótetas*. Há ainda, entendimento de que outras figuras precursoras do Ministério Público existiram em Esparta: os *éforos*; na Roma clássica: os *advocatus fisci*, *defensor civitatis*, *irenarcha*, *curiosi*, *stationarii* e *frumentarii*, *procuradores caesaris*⁵; na Idade Média: os *sions* germânicos, os *bailios* e *senescais* – encarregados de defender os senhores feudais; os *gastaldi* do Direito longobardo – representantes do rei junto aos duques e desempenhavam o papel de polícia; os *missi dominici* de Carlos Magno, os *advogadori Del Comune* venezianos ou os *gemeiner anklanger* da Alemanha, que exerciam a acusação quando o particular permanecia inerte.

Entretanto, a origem mais comum remonta à França do Rei Felipe IV, o Belo. A Ordenança Francesa de 25 de março de 1302 destaca, pela primeira vez, o Ministério Público. Importante registrar que a Ordenança já supunha a existência da figura do procurador do rei, *Genus du Roi*, pois apenas disciplinava sua investidura e determinava

⁵ Nesse sentido, ver Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, vol. II, p. 289.

que os procuradores deveriam prestar juramento, aceitando a proibição de patrocinar outros interesses que não o do rei.

Nesse contexto, tem-se que o Ministério Público se impôs, pelas suas ações, e depois foi reconhecido em sede legislativa, como ressalta Tornaghi:

Hoje em dia estou convencido – e nisso encontro conforto de todos os pesquisadores objetivos e serenos – de que o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de ato legislativo. Foi se formando paulatinamente, foi ajuntado em torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou⁶.

Na monarquia absolutista francesa, o Rei dispunha da parcela mais importante do Poder Jurisdicional, embora distribuisse parcela deste poder aos magistrados que nomeava. Assim, era considerado o *juiz dos juizes* e, com base neste poder, estava legitimado a desconstituir ou modificar qualquer sentença judicial⁷. Contudo, necessitava de fiscais de sua confiança para acompanhar o andamento dos processos e velar pelos seus interesses em juízo. Nessa instância surgiu a figura dos *Gens du Roi*.

Ramos⁸ destaca que:

Está aí, também, a origem da posição de igualdade do Ministério Público em relação ao juiz em um processo predominantemente inquisitório. Se o agente do Ministério Público representava o Rei, e se o Rei estava acima do juiz, ele, agente do Ministério Público, deveria postar-se ao menos em pé de igualdade em relação ao juiz. Hoje, no Brasil, essa preocupação está refletida nos artigos 18, inciso I, letra a, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 e 41, inciso XI, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Contemporaneamente, na Itália e em Portugal (Ordenações do Reino), existiram procuradores do rei com atribuições semelhantes às previstas na Ordenança Francesa.

O surgimento da instituição Ministério Público coincidiu, pois, com a criação de Tribunais regulares; o que **ocorreu** ao final da Idade Média (fim do séc. XIII e início do séc. XIV), diante da necessidade de defesa dos interesses da Coroa e da designação de um agente público para promover a acusação penal.

⁶ TORNAGUI, Hélio. “A relação processual penal”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1897, p. 167.

⁷ Semelhante mecanismo ocorreu no Brasil Imperial, através do Poder Moderador. A Constituição de 1824, no artigo 101, incisos VII, VIII e IX, conferia ao Imperador o poder de suspender magistrados, perdoar e moderar penas impostas a réus condenados por sentença e conceder anistia.

⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Justitia*, São Paulo, 63 (194), abr/jun 2001, p. 53.

No século XV, na França, o Ministério Público atuava perante todas as jurisdições senhoriais ou reais; apenas em alguns casos era conferido à parte civil o poder de promover a acusação.

A Ordenança Francesa de 1670 ampliou o rol de atribuições da instituição e conferiu-lhe os primeiros contornos de autonomia. Entretanto, foi a Revolução Francesa que ratificou as novas tendências institucionais e distinguiu o Ministério Público como força social⁹.

No Brasil, a evolução do Ministério Público acompanhou o Direito lusitano. A origem pode ser encontrada nas Ordenações Manuelinas de 1514 e seus aperfeiçoamentos pelas Ordenações posteriores.

Em 7 de março de 1609, foi instalado o Tribunal da Relação da Bahia, primeiro Tribunal do Brasil, que havia sido criado em 1587 pelo Rei Felipe II de Portugal e Espanha. Antes disto funcionava no país apenas a justiça de primeira instância e eventuais recursos eram encaminhados para a Relação de Lisboa.

No Regimento da Relação da Bahia foi prevista a figura do Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e o *Promotor da Justiça*, incumbido de velar “pela integridade da jurisdição civil contra os invasores da jurisdição eclesiástica, sendo obrigado a ouvir missa rezada por capelão especial, antes de despachar, e a usar Opa”¹⁰.

Após a Proclamação da Independência, a Constituição de 1924 referiu-se ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional¹¹, incumbindo-o da acusação de crimes, excetuando-se as situações de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados.

A Lei de 18 de setembro de 1828 previa a atuação de um Promotor de Justiça junto a cada Relação, inclusive a da Corte, e em cada Comarca. A Lei de 23 de setembro de 1828, em seu artigo 1º, previa que:

...em nenhum processo criminal, por mais sumário, que seja, se proferirá sentença definitiva, ou o réu esteja preso, ou solto; sem que a parte acusadora, ou o Promotor, na falta dela, apresente a acusação por escrito com especificada menção dos autos, e termos do processo, que fazem culpa; e se admita a contestação do réu, dando-se lugar à prova dela, quando for de receber, por apresentar matéria de defesa, que, provada, releve.

⁹ LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2ª ed. 1ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 20.

¹⁰ Lyra, Roberto. Ob. cit., p. 21.

¹¹ Art. 48. *No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional.*

O Código Criminal do Império reservou ao Ministério Público sua Seção III, cujo título era “Dos Promotores Públicos”. O artigo 36 previa que poderiam ser Promotores aqueles que aceitariam ser jurados, ao propiciar a preferência aos que tinham conhecimento jurídico.

Os Promotores eram nomeados pelo Governo na Corte, pelo Presidente nas Províncias, “sobre proposta tríplice das Camaras Municipaes”, por um período de três anos.

As atribuições dos Promotores Públicos eram determinadas pelo artigo 37 e consistiam em: denunciar os crimes públicos, acusar os delinqüentes, solicitar a prisão e punição dos criminosos; promover a execução das sentenças e mandados judiciais e levar ao conhecimento das autoridades competentes as negligências, omissões e prevaricações dos empregados na Administração da Justiça.

O artigo 38, por sua vez, permitia a nomeação, pelos Juízes Municipais, de Promotor interino, no caso de impedimento ou falta do Promotor Público.

A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal do Império, alterou a forma de investidura no cargo de Promotor Público e disciplinou a remuneração. Os Promotores Públicos passaram a ser nomeados pelo Imperador, que deveria preferir sempre os bacharéis, de conduta idônea, que serviriam por tempo indeterminado¹². A demissão também estava a cargo do Imperador.

Em cada Comarca deveria haver pelo menos um Promotor Público, cuja remuneração era prevista nos seguintes termos¹³: “os Promotores vencerão o ordenado, que lhes fôr arbitrado, o qual, na Côrte, será de um conto e duzentos mil réis por anno, além de mil e seiscentos por cada offerecimento de libello, tres mil e duzentos réis por cada sustentação no Jury, e dous mil quatrocentos réis por arrazoados escriptos”.

A primeira Constituição Republicana, de 1891 não tratou o Ministério Público como instituição. Limitou-se a mencionar a forma de investidura do Procurador-Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal; remetendo para a legislação ordinária a fixação de suas atribuições¹⁴. Previu, expressamente, que o Procurador-Geral da República era

¹² Artigo 22.

¹³ Artigo 23.

¹⁴ Artigo 58.

legitimado a requerer junto ao Supremo Tribunal Federal a revisão criminal, em benefício dos condenados¹⁵.

As primeiras feições institucionais foram concedidas ao Ministério Público pela Constituição de 16 de junho de 1934, que dispensou a Seção I, do Capítulo IV, Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais, ao Ministério Público (artigos 95 a 98).¹⁶

O texto estabeleceu que “o Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais”. Disciplinou a forma de investidura do Procurador-Geral da República, dos Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios e determinou que os membros do Ministério Público Federal fossem nomeados mediante concurso público.

Previu, ainda, a equiparação remuneratória do Procurador-Geral da República com os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Território com os desembargadores.¹⁷

A Constituição de 1934 dispôs sobre o chamado quinto constitucional, ao determinar que: “na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º”¹⁸.

Segundo disposição expressa no artigo 7º, inciso I, letra e, as Constituições e as leis promulgadas pelos Estados deveriam respeitar, dentre outros princípios, as garantias do Ministério Público.

Entretanto, a Constituição de 1934 teve duração efêmera e foi substituída pelo texto autoritário da Carta Magna de 10 de novembro de 1937, que não tratou o Ministério Público como instituição.

O texto constitucional previu, em dispositivos esparsos, algumas atribuições do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, que era demissível *ad nutum*¹⁹; permitiu que lei ordinária incumbisse o Ministério Público dos Estados a representar em juízo a Fazenda Federal²⁰; e repetiu a previsão do quinto constitucional

¹⁵ Artigo 81, parágrafo 1º.

¹⁶ Artigos 95 a 98.

¹⁷ Artigo 95.

¹⁸ Artigo 104, parágrafo 6º.

¹⁹ Artigos 95, parágrafo único; 99 *caput* e 101, parágrafo único.

²⁰ Artigo 109, parágrafo único.

contida no texto anterior, garantindo a presença de membros do Ministério Público na composição dos Tribunais superiores²¹.

O Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-lei n. 3.689/41), em vigor, conferiu poderes requisitórios ao Ministério Público, para determinar a instauração de inquérito policial e outras diligências investigatórias, bem como para obter documentos e informações. O diploma também estabeleceu como regra a titularidade ativa do Ministério Público para promover a ação penal pública.

O Ministério Público ressurgiu, com feição institucional, na Constituição de 18 de setembro de 1946, que lhe dispensou Título próprio, no qual continham os artigos 125 a 128. Os dispositivos constitucionais traçaram as linhas gerais do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados; estabelecendo ingresso nos cargos iniciais mediante concurso público.

No entanto, continuavam a prever a demissibilidade *ad nutum* do Procurador-Geral da República e a representatividade da União por parte dos Procuradores da República. Além disso, previu a organização da instituição em carreira e garantiu estabilidade e inamovibilidade relativa aos seus membros, nos seguintes termos:

Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço²².

Após o golpe militar de 1964, com o advento da Constituição de 1967, o Ministério Público tornou-se uma instituição pertencente ao Poder Judiciário. No entanto, os artigos 137 a 139 do novo texto constitucional não trouxeram alterações das regras vigentes anteriormente.

A nova ordem constitucional trazida pela Emenda n. 01 de 17 de outubro de 1969 transferiu o Ministério Público para o Poder Executivo²³. Segundo Mazzili, houve “notável crescimento das atribuições do chefe do Ministério Público da União, porque nomeado e demitido livremente pelo presidente da República”²⁴.

O Código de Processo Civil de 1973 previu o Ministério Público como agente em raras hipóteses, e como interveniente em causas atinentes ao estado da pessoa e

²¹ Artigo 105.

²² Artigo 127.

²³ Artigos 95 a 98

²⁴ Mazzili, Hugo Nigro. *Ministério Público*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 24.

interesses de incapazes, por exemplo, conforme artigos 81 a 85. Embora o inciso III do artigo 82 trouxesse a previsão de intervenção do Ministério Público em razão da existência de interesse público na causa, esse tratamento conferido à instituição estava distanciado do que se discutia na Europa acerca da tutela coletiva de interesses. Isso reflete que este estatuto não conferiu o aprimoramento necessário ao Ministério Público brasileiro para interferir nas causas de maior interesse social.

A partir da década de 1980, com a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei Complementar Federal n. 40, de 14 de dezembro de 1981, a instituição consolidou seu perfil nacional. O diploma legal serviu para uniformizar o Ministério Público nacional, ao passo que estabeleceu o conceito da instituição, seus princípios, garantias, vedações, atribuições e sua organização básica.

Em seguida, a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 ampliou o rol de atribuições do Ministério Público. A elaboração da norma foi influenciada pelas discussões surgidas na Europa acerca da tutela coletiva de interesses, e o texto conferiu à instituição, concorrentemente com outros legitimados, a defesa dos interesses transindividuais.

Além disso, contemplou o Ministério Público com um novo e importantíssimo instrumento de atuação, o inquérito civil público, procedimento investigatório instaurado e presidido pela própria instituição.

Entretanto, foi a Constituição Federal de 1988 que operou a grande transformação do Ministério Público brasileiro, como explica Mazzilli:

A seguir, a Constituição Federal de 1988 iniciou o ciclo de independência para o Ministério Público, em virtude das novas regras para escolha dos Procuradores-Gerais, aos quais assegurou investidura por tempo certo, relegando para o passado a época em que eram eles demissíveis ad nutum pelo chefe do Poder Executivo; consagrou, ainda, o inquérito civil, a notificação e a requisição como instrumentos de investigação do Ministério Público, e lhe deu conceituação, princípios, autonomias, garantias, funções e vedações. Na Lei Maior vigente, o Ministério Público foi erigido a uma posição até então jamais alcançada, com garantias de Poder de Estado, sendo votado ao zelo do próprio regime democrático, à promoção privativa da ação penal pública, à defesa dos interesses difusos e coletivos, do patrimônio público e social e de outros interesses da coletividade²⁵.

²⁵ Op. cit. p, 25.

Após a Constituição foi editada nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que criou normas gerais para o Ministério Público nos Estados, Lei n. 8.625/93. Também foram promulgadas a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93, e em vários Estados, foram editadas as Leis Orgânicas locais.

1.2. Princípios orientadores relativos à função do Ministério Público, elaborados pela Organização das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas foi concebida durante a Segunda Guerra Mundial, com o manifesto objetivo de preservação da paz. Em junho de 1945, foi realizada na Cidade de São Francisco a Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, para a qual foram convidadas as nações que tinham lutado sob o nome de “Nações Unidas”²⁶.

Após o término da Conferência, em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, que além de ser o documento de fundação da Organização das Nações Unidas, contemplou o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A criação da Organização das Nações Unidas alterou a configuração do Direito Internacional, que até então era direcionado apenas aos Estados. A Carta das Nações contemplou o indivíduo entre os sujeitos do Direito Internacional. Como ensina Garcia:

A preocupação com os direitos humanos não mais seria ônus exclusivo dos Estados. Do mesmo modo, deixaria de tangenciar o Direito Internacional apenas em assuntos específicos e normalmente afeitos às relações mantidas entre os Estados (v.g.: os direitos decorrentes de conflitos bélicos) para alcançar a generalidade dos seres humanos, reconhecendo a sua condição de titulares de direitos e a existência da correlata obrigação jurídica dos Estados em observá-los. A começar pelo seu pacto constitutivo, múltiplos têm sido os atos internacionais editados no âmbito dessa Organização ou com a sua intermediação visando à efetiva proteção dos direitos humanos²⁷.

²⁶ LAMBERT, Jean-Marie. Curso de direito internacional público: o mundo global. Goiânia: Kelps, 2004, p. 174.

²⁷ GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.p. 20, 21.

A Organização das Nações Unidas realiza, a cada cinco anos, o Congresso para Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes²⁸. O objetivo do evento é promover políticas de prevenção do crime e medidas de justiça penal mais eficazes em todo o mundo, com claro enfoque no respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. O Primeiro Congresso aconteceu em 1955, em Genebra, ocasião em que foram editadas as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos.

Em 17 de dezembro de 1979, a Assembléia Geral das Nações Unidas, adotou o Código de conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, **por** intermédio da Resolução n. 34/169, em obediência ao que havia sido recomendado durante o Quinto Congresso para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes²⁹.

Durante o Sexto Congresso³⁰, em 1980, foi determinado ao Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência que elaborasse princípios orientadores relativos à independência dos juízes e da seleção, formação profissional e estatuto dos magistrados judiciais e do Ministério Público.

Os Princípios relativos à Independência da Magistratura foram aprovados pela Assembléia-Geral, nas suas Resoluções n. 40/32 de 29 de novembro de 1985, e n. 40/146, de 13 de dezembro de 1985.

No Sétimo Congresso, o Comitê foi incumbido de elaborar princípios orientadores mais detalhados sobre o Ministério Público, que abarcassem além do recrutamento, formação profissional e estatuto, suas funções e o comportamento que se espera de seus membros, os meios de levá-los a contribuir para o bom funcionamento do sistema de justiça penal e a cooperar mais estreitamente com a polícia, a extensão dos seus poderes discricionários e o seu papel no processo penal.

Assim, no Oitavo Congresso, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990, foram adotados os Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público. A denominação Magistrados do Ministério Público é muito utilizada em países europeus, como Portugal e Itália.

²⁸ Atualmente, o Congresso, que é realizado em diferentes cidades do mundo, é denominado Congresso para Prevenção do Crime e Justiça Penal. O próximo evento será realizado no Brasil, em Salvador (BA), de 11 a 19 de abril de 2010.

²⁹ Realizado em 1975, na Cidade de Genebra, Suíça.

³⁰ Realizado em 1980, na Cidade Caracas, Venezuela.

Embora o documento tenha sido intitulado “Princípios Orientadores” é importante ressaltar que contemplou, além de princípios, verdadeiras regras de atuação dos membros do Ministério Público.

Segundo Canotilho, regras e princípios são duas espécies de normas:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)³¹.

A Organização das Nações Unidas recomendou aos Estados Membros que adotassem medidas necessárias para pôr em prática os Princípios Orientadores, considerando-os na sua legislação e práticas nacionais.

Ressaltou, também, a necessidade de ampla divulgação dos Princípios entre juízes, advogados, membros dos Poderes Executivo e Legislativo, demais organizações governamentais e não governamentais e do público em geral.

Os Princípios Orientadores buscam referência na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos para preconizar que a organização e a administração da Justiça devem se pautar pelos princípios da igualdade perante a lei, da presunção de inocência e do direito que tem qualquer pessoa de ver sua causa apreciada por um juiz ou tribunal competente e imparcial.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. p 1087, 1088.

Destarte, os membros do Ministério Público, que exercem função imprescindível à administração da justiça, devem sempre aplicar os princípios acima mencionados **no que visa** garantir um sistema de justiça penal imparcial e justo.

Inicialmente, os Princípios Orientadores tratam da qualificação, seleção, formação, estatuto e condição profissional dos membros do Ministério Público, impondo verdadeiras regras de atuação.

A primeira exigência é que se trate de pessoas íntegras e competentes; com formação jurídica, e conscientes dos ideais e deveres éticos da sua função; das disposições constitucionais e jurídicas que garantem os direitos dos suspeitos e das vítimas, dos direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa, tal como reconhecidos pelo Direito nacional e internacional.

Os Estados devem apresentar garantias contra nomeações parciais ou imbuídas de preconceitos ou quaisquer formas de discriminação; assegurar que os membros do Ministério Público tenham condições de desempenhar sua função sem serem objeto de intimidação, obstrução, ingerência imprópria, nem serem sujeitos injustificadamente a responsabilidade civil, penal ou outra. Aos membros do Ministério Público devem ser disponibilizadas condições de trabalho satisfatórias, remuneração adequada e direitos previdenciários.

A promoção dos membros do Ministério Público deve ser fundada em fatores objetivos, em particular sobre as qualificações profissionais, a competência, a integridade e a experiência e ser objeto de processo justo e imparcial.

Sobre a liberdade de expressão, o documento prevê que os membros do Ministério Público têm o direito de tomar parte em debates públicos sobre a lei, a administração da justiça e a promoção da proteção dos direitos do homem. Podem aderir a organizações locais, nacionais ou internacionais e participar nas suas reuniões, ou criar tais organizações, sem serem prejudicados no plano profissional. No exercício desses direitos, os membros do Ministério Público devem sempre respeitar a lei, a deontologia profissional e as normas reconhecidas na sua profissão.

Quanto à liberdade de associação, os membros do Ministério Público devem ser livres para formar e integrar associações profissionais ou outras organizações criadas para representar seus interesses, promover sua formação profissional e proteger seu estatuto.

Os Princípios tratam com muita precisão do papel do Ministério Público no processo penal, desde sua atuação na investigação criminal, seja realizando-a, seja

supervisionando sua legalidade até o acompanhamento da execução das decisões judiciais. Segundo disposto no documento, os membros do Ministério Público, durante sua atuação no processo penal devem:

- 1) Ser imparciais e evitar toda forma de discriminação, seja de natureza política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou outra;
- 2) Proteger o interesse público, agindo com objetividade e levando sempre em consideração tanto a posição do suspeito, quanto da vítima;
- 3) Preservar o sigilo das informações que lhes são comunicadas, salvo se o exercício das suas funções ou a necessidade de realização da justiça exigirem a divulgação;
- 4) Ter em conta os pontos de vista e as preocupações das vítimas quando estas são lesadas no seu interesse pessoal, e assegurar que elas sejam informadas dos seus direitos em conformidade com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e às Vítimas de Abuso de Poder;
- 5) Suspender uma investigação criminal quando o inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada;
- 6) Envidar esforços no sentido de investigar delitos cometidos por agentes do Estado, notadamente atos de corrupção, abuso de poder, de violações graves dos direitos do homem e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional e, quando a lei ou a prática nacional; a isso os autoriza, a iniciar procedimento criminal por tais infrações;
- 7) Recusar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, que constituam grave violação dos direitos da pessoa humana, como tortura, tratamento ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, promovendo, nestes casos, a responsabilização criminal daqueles que praticaram violações.

O enunciado n. 12 dos Princípios Orientadores, pela propriedade de sua definição, merece ser aqui transcrito:

12. Os magistrados do Ministério Público exercem as suas funções em conformidade com a lei, equitativamente, de maneira coerente e diligente, respeitam e protegem a dignidade humana e defendem os direitos da pessoa humana, contribuindo, assim, para garantir um procedimento criminal correto e o bom funcionamento do sistema de justiça.

O poder discricionário conferido aos membros do Ministério Público no que tange à titularidade ativa da ação penal deve ser norteado por princípios insculpidos em leis ou regulamentos, que deverão servir de baliza para o manejo da ação ou arquivamento da investigação.

Os membros do Ministério Público devem examinar com atenção e cautela a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo aos processos de forma condicional ou incondicional ou de transferi-los para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos suspeitos e das vítimas.

Tais medidas visam agilizar o andamento dos processos judiciais e evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a formação da culpa, a condenação e seus efeitos perniciosos.

No que diz respeito a adolescentes infratores, os membros do Ministério Público devem evitar o manejo de processos judiciais, **ao se buscar** alternativas ao processo crime, salvo quando aquela medida se torne absolutamente necessária.

Para assegurar a justiça e a eficácia dos processos judiciais, membros do Ministério Público devem cooperar com a polícia, os tribunais, os membros das profissões forenses, a defesa, assim como com os outros organismos ou instituições públicas.

Legislação específica deve prever e regulamentar as infrações disciplinares atribuídas aos membros do Ministério Público e os procedimentos instaurados para apurar tais infrações devem ter andamento célere e justo, observado o direito à ampla defesa e a possibilidade de revisão por autoridade independente. Os procedimentos deverão observar o que dispõe a lei, regras de ética e os Princípios Orientadores.

Por fim, o documento estabelece que os membros do Ministério Público devem respeitar os Princípios Orientadores e fazer tudo o que está ao seu alcance para prevenir qualquer violação destes Princípios. Além disso, deverão denunciar aos seus superiores hierárquicos ou outras autoridades ou órgãos competentes quaisquer notícias de violação aos Princípios.

1.3. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988

A nova feição institucional atribuída ao Ministério Público pela Constituição de 1988 começou a ser traçada ao final da ditadura militar. As lideranças nacionais do

Ministério Público, prevendo a abertura democrática, começaram a se preparar para a Constituinte que se renunciava.

Nesse contexto, foi realizado o VI Congresso Nacional do Ministério Público, em São Paulo, com o tema *O Ministério Público e a Constituinte*. A produção intelectual do encontro inspirou a proposta de reorganização do Ministério Público nacional.

Em 1986, durante um encontro das lideranças institucionais em Curitiba foi elaborada a “Carta de Curitiba”, primeiro texto nacional de consenso sobre a instituição. O documento sintetizava as reivindicações que seriam apresentadas aos constituintes.

Em 1987, após iniciados os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, o presidente da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Plínio de Arruda Sampaio, realizou uma audiência pública para ouvir o presidente da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP).

O relatório final da Subcomissão, apresentado pelo Constituinte Plínio de Arruda Sampaio continha um bom texto para o Ministério Público, contendo algumas garantias fundamentais, como a equiparação de garantias com a Magistratura.

Em seguida, foram desenvolvidos os trabalhos de relatoria-geral, conferidos ao Constituinte Bernardo Cabral, que deram seguimento às propostas de reorganização do Ministério Público, contempladas pelo relatório da Subcomissão.

No entanto, acabou sendo aprovado um substitutivo ao relatório de Bernardo Cabral, apresentado por forças políticas de direita, que representou retrocesso no que diz respeito ao Ministério Público.

Houve, então, forte mobilização das lideranças institucionais, que, por fim, lograram êxito em emendar o substitutivo e ver aprovado, em 12 de abril de 1988, o texto que, em linhas gerais, equivalia ao que foi promulgado em outubro do mesmo ano.

Na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público foi inserido no Título IV, Da Organização de Poderes, num Capítulo (IV) distinto dos tradicionais três Poderes, denominado *Das Funções Essenciais à Justiça*. Embora inserida em Capítulo à parte, a instituição não foi erigida formalmente à condição de quarto poder, mas alcançou, efetivamente, as garantias de Poder.

Nesse sentido, transcreve-se lição de Mazzilli:

A natureza jurídica do Ministério Público é a de órgão do Estado, não do Poder Executivo ou do governo; entretanto, como não legisla nem presta jurisdição, sua natureza é

tipicamente administrativa, embora a Constituição Federal lhe tenha concedido garantias efetivas de Poder (...)³².

Dentre as mencionadas garantias de Poder, concedidas pela Constituição ao Ministério Público, destacam-se: autonomia administrativa, financeira e funcional; iniciativa de lei que disponha sobre o próprio estatuto, organização, atribuições, criação de cargos e fixação de subsídios; investidura do Procurador-Geral por tempo certo; equiparação com os membros do Poder Judiciário no tocante à investidura e perda do cargo, vedações e garantias; independência funcional dos seus membros, no exercício de suas funções.

Tal qual ocorre com os chefes de Poder, o chefe do Ministério Público da União e os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, são julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade³³ e, nos crimes comuns, o chefe do Ministério Público da União é julgado pelo Supremo Tribunal Federal³⁴. Além disso, o atentado contra o livre exercício do Ministério Público configura crime de responsabilidade do Presidente da República³⁵.

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal conceituou o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Como bem sintetizou Gomes³⁶, em artigo publicado no ano de 1989:

Por conseguinte, o Ministério Público de nossos dias deixou de ser apenas o órgão incumbido da persecução penal, deduzindo em Juízo a pretensão punitiva do Estado contra os criminosos, ou, no Juízo Cível, incumbido da defesa de certas instituições (como a família, as fundações) ou de certas pessoas (como os ausentes, os incapazes, os acidentados do trabalho), passando a ser, principalmente, fiscalizador e defensor da correta aplicação das leis e da Constituição, personificando-se, pois, como órgão de defesa dos interesses sociais em Juízo, até mesmo contra o Estado.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro (2005). Op. cit., p. 32.

³³ Artigo 52, inciso II, com redação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

³⁴ Artigo 102, inciso I, alínea “b”.

³⁵ Artigo 85, inciso II.

³⁶ GOMES, Maurício Augusto. *Ministério Público na Constituição de 1988 – breves anotações*. Revista Justitia. jan./mar. de 1989, n. 51 (145), p. 65.

O texto constitucional, nos artigos 127 a 130, insculpiu um Ministério Público forte e independente, com garantias e prerrogativas compatíveis com a relevância de suas funções, que foram renovadas e ampliadas.

Os princípios institucionais foram traçados no primeiro parágrafo do artigo 127: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

O princípio da unidade significa que todos os membros do Ministério Público atuam pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, sob uma só chefia. No entanto, deve-se ressaltar que só no âmbito de cada Ministério Público se pode falar em verdadeira unidade. Ademais, a chefia é administrativa e não funcional, pois os membros da instituição gozam de independência no exercício de suas funções.

A indivisibilidade é o conceito de que é o Ministério Público quem está presente em qualquer processo, embora esteja por intermédio de um determinado Promotor ou Procurador. Assim, ainda que se sucedam num mesmo processo, os membros da instituição estão exercendo a mesma função. Este princípio permite que os membros do Ministério Público sejam substituídos uns pelos outros, nos casos legalmente previstos, sem que isto importe em alteração processual.

Segundo o princípio da independência funcional, cada membro do Ministério Público, no exercício de sua atividade-fim, atua de modo independente, sem qualquer vínculo de subordinação hierárquica, inclusive com relação à chefia da instituição, **ao ter por guia** somente pela lei e por sua convicção. Não obstante, os membros da instituição são responsáveis, nos limites da lei, pelos atos que praticam.

A Constituição Federal assegurou ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira.

A autonomia funcional consiste em liberdade para que a instituição tome suas decisões a respeito de sua atividade-fim, sem se ater a determinações de outros órgãos do Estado. Administrativamente, o Ministério Público é autônomo, pois pratica livremente os atos próprios de gestão administrativa da instituição.

No que diz respeito à autonomia financeira, a Constituição garante que o próprio Ministério Público elabore sua proposta orçamentária, limitada apenas ao estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o que de resto ocorre com toda a administração pública. À instituição também é atribuída a capacidade de gerir e aplicar os recursos orçamentários a ela destinados.

O artigo 128, *caput*, distingue os ramos do Ministério Público nacional, quais sejam: 1) Ministério Público da União, que compreende: Ministério Público Federal,

Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; 2) Ministério Público dos Estados.

A classificação denota organização do Ministério Público em simetria com os órgãos do Poder Judiciário³⁷, tendo em vista que é perante o Judiciário que o Ministério Público atua preponderantemente.

O Conselho Nacional do Ministério Público foi criado pelo artigo 130-A da Emenda Constitucional n. 45/2004, que tratou da Reforma do Judiciário, para exercer o controle externo da instituição.

O Ministério Público da União e o Ministério Público Federal são chefiados pelo Procurador-Geral da República, que é nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira, maior de 35 anos, após aprovação do nome pela maioria absoluta do Senado Federal, em votação secreta³⁸, com investidura pelo prazo de dois anos.

A destituição do Procurador-Geral da República dar-se-á por iniciativa do Presidente da República, após autorização da maioria absoluta do Senado Federal, em votação secreta³⁹; e no *impeachment* (que ocorre em caso de crime de responsabilidade), a perda do cargo será decretada pelo Senado, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal⁴⁰.

O Ministério Público Militar é chefiado pelo Procurador-Geral da Justiça Militar e o Ministério Público do Trabalho pelo Procurador-Geral do Trabalho, ambos nomeados pelo Procurador-Geral da República, dentre membros da respectiva carreira, com mais de trinta e cinco anos, integrantes de lista tríplice, formada por voto plurinominal, facultativo e secreto do respectivo Colégio de Procuradores, pelo prazo de dois anos, permitida uma recondução⁴¹.

A exoneração será proposta ao Procurador-Geral da República pelo Conselho Superior respectivo, mediante deliberação obtida com base em voto secreto de dois terços de seus integrantes⁴².

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e os Ministérios Públicos estaduais são chefiados pelos respectivos Procuradores-Gerais. O Procurador-Geral de

³⁷ Artigo 92.

³⁸ Artigo 52, inciso III.

³⁹ Artigo 128, § 2º, e 52, inciso XI.

⁴⁰ Artigo 52, inciso II, e parágrafo único.

⁴¹ Artigos 87 e 120 da Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93.

⁴² Artigos 88, parágrafo único, e 121, parágrafo único, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93.

Justiça de um dos Estados-membros da Federação será nomeado pelo Governador do Estado, dentre integrantes da carreira que constem de lista tríplice elaborada pelo respectivo Ministério Público, e terá investidura no cargo pelo prazo de dois anos, permitida uma recondução.

O mesmo ocorre no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no entanto, neste caso, o Procurador-Geral é nomeado pelo Presidente da República e não pelo Governador do Distrito Federal. A destituição do Procurador-Geral dos Estados e do Distrito Federal e Territórios ocorrerá por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo competente, na forma da lei complementar respectiva. Em caso de *impeachment*, a destituição é atribuída a um “Tribunal especial”, como ocorre no modelo federal⁴³.

O processo de escolha dos chefes de cada Ministério Público, se, por um lado, apresenta avanço no sentido de que a escolha deve recair, obrigatoriamente, entre membros da instituição, de outro lado denota ranço histórico ao atribuir a nomeação ao Chefe do Executivo, o que pode comprometer outras garantias conferidas à instituição.

O texto constitucional⁴⁴ remete às leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas as garantias e vedações constitucionais.

As garantias conferidas aos membros do Ministério Público visam a efetiva independência no desempenho das relevantes funções que lhe foram atribuídas pela Carta Magna. Essas garantias são: a) vitaliciedade: é adquirida após dois anos de exercício e significa que a perda do cargo somente ocorre por decisão judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade: é vedado o afastamento do membro do Ministério Público de suas funções, salvo no caso de interesse público, dependendo do voto da maioria absoluta dos membros do colegiado competente, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio⁴⁵: neste caso, devem ser observados os parâmetros e imposições constitucionais⁴⁶.

As vedações constitucionais também foram estabelecidas objetivando a atuação imparcial e eficiente dos membros do Ministério Público e consistem nas proibições

⁴³ Artigo 52, inciso II e parágrafo único.

⁴⁴ Artigo 128, § 5º.

⁴⁵ De acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98, os subsídios passaram a ser a remuneração fixada em parcela única aos agentes políticos, vedada a concessão de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (art. 34, § 4º, da CF).

⁴⁶ Artigos 39, § 4º; 37, incisos X e XI; 150, inciso II; 153, inciso III; 153, § 2º, inciso I.

de⁴⁷: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária⁴⁸; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; g) exercer a advocacia no juízo ou Tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

O artigo 129 da Constituição Federal trouxe rol exemplificativo de funções institucionais (como exemplo, a ação penal pública, a ação civil pública) atribuídas ao Ministério Público, bem como previu instrumentos ou meios para o exercício daquelas (p. ex. requisição de inquérito policial, instauração de inquérito civil público).

Segundo Mazzilli⁴⁹, o Ministério Público exerce funções que lhe são típicas e funções atípicas. As primeiras são as funções para as quais a instituição está diretamente voltada, como o combate ao crime, a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos.

As outras são funções que a instituição ainda exerce, embora estejam fora de sua atual destinação, como a defesa cível da vítima pobre ou do reclamante trabalhista⁵⁰, enquanto não sejam criados e estejam em efetivo funcionamento os órgãos próprios de assistência judiciária.

Importante registrar que, no exercício de suas funções, típicas ou atípicas, o Ministério Público sempre agirá na defesa do interesse público primário, ora ligado a determinadas pessoas (incapazes, fundações), ora ligado a grupos de pessoas (interesses difusos e coletivos), ora ligado a toda a coletividade.

A primeira das funções atribuídas pela Constituição ao Ministério Público é “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”⁵¹.

Ao promover a ação penal pública, o Ministério Público exerce parcela direta da soberania estatal, uma vez que é o órgão legitimado a representar o Estado na sua função punitiva. Assim, somente pelo representante do Ministério Público pode o Estado efetivar seu direito de punir o criminoso.

⁴⁷ Artigo 128, inciso II.

⁴⁸ Sem exceções, na forma da Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁴⁹ Op. cit. p. 73.

⁵⁰ Artigo 477, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵¹ Artigo 129, inciso I.

O Ministério Público detém o monopólio da ação penal pública, o que significa que cabe à instituição decidir se propõe ou não a ação. Entretanto, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, caso o representante do Ministério Público decida não propor a ação penal, deverá promover o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação.

Caso o magistrado discorde do posicionamento adotado pelo Ministério Público remeterá o inquérito policial ou peças de informação ao Procurador-Geral. Caberá, pois, ao chefe da instituição, decidir se a ação penal será ou não manejada. Se o Procurador-Geral decidir pelo arquivamento, o *ius puniendi* não será exercitado e esta decisão é incontestável, até mesmo pelo Poder Judiciário.

Apenas quando a ação penal pública não houver sido intentada no prazo legal, por omissão do representante do Ministério Público com atribuição para tanto, é que emerge a possibilidade de ação penal privada subsidiária, nos termos do artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal.

Deve-se aqui registrar que a omissão do representante do Ministério Público só estará configurada quando este, ao receber os autos de inquérito policial ou peças de informação, dentro do prazo legal, deixar de oferecer denúncia, ou requerer diligências ou, ainda, promover o arquivamento.

Caso adote qualquer uma das providências retro referidas (denúncia, requerimento de diligência ou arquivamento) não caberá a ação subsidiária, mesmo quando o particular discordar da providência adotada.

O princípio da titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público, trazido pela Constituição de 1988, extinguiu os procedimentos penais *ex officio* que existiam no ordenamento pátrio, nos quais a ação penal podia ser intentada pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária.

A segunda função constitucional atribuída ao Ministério Público caracteriza-o como defensor do povo, o chamado “Ombudsman” dos países nórdicos. Incumbe-lhe “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”⁵².

⁵² Artigo 129, inciso II.

A regulamentação de tais funções é trazida pela Lei Orgânica do Ministério Público da União, artigos 8º e 12 a 15, e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, artigo 27, parágrafo único.

À instituição compete, pois, a defesa dos interesses da população perante a administração pública, uma vez que esta deve prestar os serviços de relevância pública e respeitar os direitos assegurados aos cidadãos pela Carta Magna, os quais servem, inclusive, de limites à atuação do poder do Estado. Cabe também ao Ministério Público, seja pela Corregedoria ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a apuração de reclamações contra seus próprios serviços.

Para o exercício das funções de defensor do povo, o Ministério Público dispõe de instrumentos como o inquérito civil público; a expedições de requisições, notificações e recomendações; a instauração, presidência ou determinação de investigações; a apuração de fatos oriundos de Comissões Parlamentares de Inquérito; a realização de audiências públicas e a promoção de ação civil ou mesmo ação penal pública, se for o caso.

A promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos foi prevista como função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público⁵³.

Diante da inexistência de consenso doutrinário sobre os conceitos de interesses difusos e coletivos, utilizam-se, neste trabalho, os conceitos adotados pelo legislador pátrio no artigo 81 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor⁵⁴.

Os interesses difusos têm natureza indivisível e atingem um grupo indeterminável de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, ao passo em que os interesses coletivos, embora também tenham natureza indivisível, atingem um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Importante ressaltar que o Ministério Público também é legitimado para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, desde que tenham expressão social.

A defesa coletiva de interesses começou a ser pensada na Europa a partir da década de 1970, tendo como precursor o jurista italiano Mauro Capelletti. O Código de

⁵³ Artigo 129, inciso III.

Processo Civil brasileiro de 1973 não contemplou o processo coletivo. Apenas em 1985, com o advento da Lei n. 7.347, chamada Lei da Ação Civil Pública, a defesa em juízo de interesses transindividuais foi regulamentada.

A Lei da Ação Civil Pública previu o Ministério Público como um dos co-legitimados para a defesa dos interesses transindividuais⁵⁵, e a Constituição de 1988 elevou ao nível constitucional esta legitimação. Em seguida, diversas leis ampliaram o objeto da tutela coletiva, entre as quais se destacam: Lei n. 7853/89 – defesa da pessoa portadora de deficiência; Lei n. 7913/89 – defesa dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários; Lei n. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

A Constituição consagrou o inquérito civil público como instrumento investigatório instaurado e presidido pelo Ministério Público, com a finalidade de coleta de dados necessários para embasar a propositura de ação civil pública ou viabilizar outras formas de atuação que lhe competem.

O Ministério Público recebeu do texto constitucional legitimidade para “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição”⁵⁶.

A Constituição prevê a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual, que deverá ser disciplinada por esta, vedada a atribuição de legitimidade a um único órgão⁵⁷.

O Procurador-Geral da República tem legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal⁵⁸, perante o Supremo Tribunal Federal⁵⁹. A legitimidade do Procurador-Geral da República é concorrente e não mais exclusiva, como era no regime anterior, no entanto, deverá intervir nas ações movidas por outros legitimados.

O Ministério Público foi incumbido de promover representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nas hipóteses previstas nos artigos 34 a 36 da Lei

⁵⁵ Os interesses transindividuais abrangem tanto os interesses difusos e coletivos quanto os individuais homogêneos.

⁵⁶ Artigo 129, inciso IV.

⁵⁷ Artigo 125, § 2º.

⁵⁸ Artigo 103.

⁵⁹ Artigo 102, inciso I, alínea “a”.

Maior⁶⁰ e figura no rol de legitimados ativos para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal⁶¹.

A Constituição atribuiu ao Ministério Público a defesa das populações indígenas, no que diz respeito a sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e tradições, os direitos originários sobre as terras que ocupavam etc. Esta defesa será feita, notadamente, por meio da ação civil pública, uma vez que a atribuição concedida é a de defesa de interesses difusos ou coletivos. Mesmo em se tratando de ação promovida pelos próprios índios ou suas comunidades, o Ministério Público intervirá no processo⁶².

Segundo expressamente previsto no texto constitucional, o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, poderá: a) expedir notificações; b) requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência; c) requisitar diligências investigatórias; d) requisitar a instauração de inquérito policial. Cabe salientar que o Ministério Público deverá indicar os fundamentos jurídicos que embasem tais providências⁶³.

Ao Ministério Público também compete o controle externo da atividade policial⁶⁴, na forma da lei complementar⁶⁵. Conforme leciona Mazzilli:

Tem grande importância prática o controle externo da atividade policial, principalmente na área conexa com a atividade ministerial, que é, precipuamente, a área da investigação de crime e a atividade de polícia judiciária da União e dos Estados. Por meio desse controle, deve o Ministério Público zelar pela legalidade da investigação criminal, pelo princípio da indisponibilidade e obrigatoriedade, pelos direitos humanos, pela eficiência, probidade e impessoalidade dos trabalhos policiais⁶⁶.

Recentemente, em 28 de maio de 2007, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 20, que regulamentou o artigo 9º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU) e o artigo 80 da Lei n. 8.625 (LONMP), de 12 de

⁶⁰ Artigo 129, inciso IV.

⁶¹ Artigo 102, § 1º, da Constituição Federal – introduzido pela Emenda Constitucional n. 3/93 e regulamentado pela Lei 9.882/99.

⁶² Artigo 129, inciso V.

⁶³ Artigo 129, incisos VI e VIII.

⁶⁴ Artigo 129, inciso VII.

⁶⁵ Aqui a Constituição se refere à lei complementar que organiza o Ministério Público da União ou à lei complementar que, em cada Estado, organiza o Ministério Público local, conforme o caso.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro (2005).Op. cit., p. 98.

fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

Por fim, a Lei Maior estabelece que o Ministério Público poderá “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”⁶⁷.

Este dispositivo ressalta a evolução do Ministério Público, materializada no texto constitucional promulgado em 1988, ao afastá-lo por completo das suas origens de defensor dos interesses do soberano.

Sobre a mencionada evolução institucional, transcreve-se lição de Gomes:

Mas as transformações sócio-políticas por que passou a humanidade, especialmente a partir do Século XVIII, com a derrubada do absolutismo e a implantação dos primeiros modelos de Estados de Direito, com as primeiras experiências práticas das idéias iluministas, da igualdade dos homens em direitos e deveres, dos direitos e garantias individuais do cidadão, da proteção jurisdicional dos direitos e da separação de poderes, principalmente, também repercutiram no Ministério Público, que passou a ter, pouco a pouco, outro perfil, diverso daquele originário, de atuação voltada à defesa dos interesses do soberano, para o de atuação dirigida à defesa dos interesses da sociedade⁶⁸.

Tem-se, pois, que outras funções institucionais, além daquelas previstas no artigo 129 da Constituição Federal, poderão ser atribuídas ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade, qual seja, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais quando indisponíveis.

Foi expressamente vedada, pelo texto constitucional, a possibilidade que existia no regime anterior⁶⁹, de nomeação de Promotor *ad hoc*, uma vez que as funções institucionais só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na Comarca em que exercem suas atribuições, salvo autorização do Procurador-Geral⁷⁰.

O ingresso na carreira do Ministério Público **ocorrerá** mediante “concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação⁷¹”.

⁶⁷ Artigo 129, inciso IX.

⁶⁸ Op. Cit., p. 65.

⁶⁹ O dispositivo constitucional derogou os artigos 419 e 448 do Código de Processo Penal.

⁷⁰ Artigo 129, § 2º.

⁷¹ Artigo 129, § 3º - com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A Constituição conferiu o mesmo tratamento jurídico entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público no que diz respeito ao concurso de ingresso na carreira, aos critérios de promoção por antiguidade e merecimento e a disciplina geral estatutária⁷².

O artigo 130 da Constituição Federal atribui aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas os direitos, vedações e forma de investidura **prevista** nos dispositivos anteriores.

Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 789-1/DF, existe um *Ministério Público especial* junto aos Tribunais de Contas, mas sem a autonomia administrativa e financeira que caracteriza os demais Ministérios Públicos da União e dos Estados.

O Conselho Nacional do Ministério Público, que detém a incumbência de controlar a atuação administrativa e financeira da instituição e o cumprimento dos deveres funcionais por seus membros, foi criado e disciplinado pelo artigo 130-A, incluído no texto constitucional pela Emenda n. 45/2004.

No mesmo dispositivo foi determinada a criação, por leis federais e estaduais, de ouvidorias do Ministério Público para receber reclamações e denúncias contra seus membros, órgãos ou servidores.

Como instituição incumbida da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, o Ministério Público encontra legitimidade e sustentação no apoio popular às suas ações, e deve se manter, permanentemente, aberto e acessível à população para conhecer de perto seus problemas e anseios, a fim de que possa lutar pela efetivação de seus direitos.

Nesse sentido, é a lição de Ferraz:

O Ministério Público deve procurar sustentação política para sua atuação, fundamentalmente, no reconhecimento social de seu trabalho em defesa dos interesses da população e, subsidiariamente, de forma necessariamente fracionada e equilibrada, nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Perante o Judiciário, cumprirá o Ministério Público o papel de instrumento ou canal por meio do qual serão levadas àquele as mais altas e relevantes questões de interesse social. Perante o Executivo, funcionará o Ministério Público como órgão de controle e de estímulo ao aprimoramento da Administração Pública, zelando pelo patrimônio público e pelo respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos.

⁷² Artigo 129, § 4º do artigo - com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004

Ao Legislativo, deverá o Ministério Público levar, contínua e intensamente, sua experiência prática na aplicação da Constituição e das leis (penais e civis) em defesa do interesse social, contribuindo assim com o aprimoramento da normatização da vida em sociedade.⁷³

Um dos maiores desafios que a sociedade brasileira enfrenta é a necessidade de construir um Estado Republicano, garantidor dos direitos fundamentais e afirmador da impessoalidade no trato da coisa pública. Para tanto, deve ser combatido o vício do patrimonialismo, consistente na confusão entre público e privado, conivente com a corrupção e perpetuador das diferenças sociais, edificado por aqueles que Raymundo Faoro⁷⁴ denominou de patronato. Nesse contexto, os desafios da sociedade brasileira coincidem com a missão constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

⁷³ CAMARGO, Ferraz. *O Delineamento Constitucional de um novo Ministério Público*. Tese apresentada no “Congresso Nacional do Ministério Público”, realizado em Salvador/BA, de 1º a 4º de setembro de 1997.

⁷⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 13. ed. v. 1 e 2. São Paulo: Globo, 1998, p. 15 a 22, 733 a 748.

CAPÍTULO II. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No decorrer deste capítulo, o presente estudo volta o foco para a pena privativa de liberdade, ao abordar as mudanças que se sucederam na configuração das penalidades e sua relação com as alterações promovidas na própria sociedade. O estudo perpassa as teorias elaboradas com vistas a conferir legitimidade à privação de liberdade como pena e analisa os sistemas penitenciários desenvolvidos ao longo do tempo.

2.1. Origem e evolução da pena privativa de liberdade

O estudo acerca da evolução da pena privativa de liberdade está intrinsecamente ligado aos acontecimentos sociais, econômicos e culturais que delinearão toda conformação do ordenamento jurídico. O aprisionamento sempre existiu, embora tenha tido contornos diferentes durante o tempo; que se foram transmutando à medida que se alterava a própria dinâmica da vida social.

Na antiguidade, não havia pena privativa de liberdade. O encarceramento de delinqüentes não tinha caráter de pena.

A prisão até o final do século XVIII servia apenas para manter sob vigília os réus antes de serem julgados⁷⁵. Após o julgamento, as penas a eles infligidas eram suplícios ou pena capital. O encarceramento, nestes casos, era invariavelmente acompanhado de tortura; aplicada para garantir a confissão, ou como preferiam os julgadores, “descobrir a verdade”. Não existia preocupação com as condições do local de aprisionamento nem com a saúde do preso.

Na Grécia, a prisão não foi utilizada como pena, mas, tão somente, como custódia. Havia também a prisão civil, como meio de coerção aos devedores, que ficavam retidos até que efetuassem o pagamento devido.

No entanto, Cezar Bitencourt registra que Platão (427-347 a.C), naquela época, já preconizava a prisão tanto como custódia dos réus quanto como pena⁷⁶. O filósofo sugeriu três tipos de prisão: uma para servir de custódia, situada na praça do mercado; outra, de caráter corretivo, que seria localizada longe da cidade; e a terceira, reservada ao suplício e destinada à intimidação; que também deveria ser afastada da cidade. Nota-

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 6.

se que Platão atribuía à prisão tanto o caráter expiatório quanto a função intimidativa, de prevenção geral.

Em Roma, como também na China, Índia, Egito, além de fenícios, hebreus e gregos; todos concebiam como principal forma de castigo a pena capital.

Os locais onde eram mantidos os prisioneiros até que fossem submetidos a julgamento eram calabouços, torres, e cômodos insalubres em castelos, conventos e outros edifícios. Os prisioneiros eram submetidos a condições subumanas, além das torturas. Muitos sucumbiam, quer pela tortura, quer pelas doenças contraídas no cárcere, antes mesmo de serem julgados.

Tem-se, pois, que na antiguidade a prisão era apenas antecedente necessário ao julgamento e à aplicação da pena, que variava entre trabalho forçado, mutilação e demais formas de suplício, degredo e pena capital. A penalidade visava precipuamente o corpo do condenado.

Durante a Idade Média predominou o direito germânico, no qual também não havia pena privativa de liberdade. O ergastulamento era apenas forma de contenção dos acusados com a finalidade de garantir que estes não se furtassem ao julgamento.

A aplicação das sanções penais era atribuída aos governantes, que faziam delas meios de incutir o medo na população e assim manter o poder. As penas tinham nítido caráter de vingança, eram bárbaras e sangrentas e dosadas de acordo com o *status* social do condenado.

Os suplícios infligidos aos criminosos refletiam, como analisa Foucault, o efeito de um regime de produção em que “as forças de trabalho, e, portanto, o corpo humano, não tem utilidade nem o valor de mercado que lhes serão conferidos numa sociedade de tipo industrial”⁷⁷.

Surgiu, nessa época, a prisão eclesiástica, destinada apenas aos clérigos rebeldes que eram recolhidos em celas nos mosteiros para que expiassem os pecados e corrigissem o comportamento. Inicia-se nessa instância, a utilização da privação da liberdade como espécie de castigo⁷⁸.

E sob a influência do direito canônico, surgiu também a chamada *prisão de Estado*, que era destinada aos traidores do poder real ou senhorial e inimigos políticos

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 30. ed. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 46.

⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

dos governantes. No entanto, esta prisão funcionava principalmente como prisão-custódia até a execução da pena (morte, flagelação, açoites). Em alguns casos, a detenção perdurava até que o acusado recebesse o perdão real.

A prisão eclesiástica inspirou os primeiros penitenciaristas e os clássicos sistemas penitenciários – celular e auburniano: pena como expiação, castigo e compatibilizada com o ideário de reabilitação, reforma do indivíduo, através da aceitação da culpa.

O pensamento cristão trouxe a idéia de humanidade da pena e forneceu subsídio material e ideológico à pena privativa de liberdade. A pena como castigo, que era usada pela Igreja para punir os clérigos, serviria também à sociedade civil. Do vocábulo penitência, de estreita vinculação ao direito canônico; surgiram as palavras: penitenciário e penitenciária.

O monge beneditino francês, Jean Mabillon, com sua obra *Reflexões sobre as prisões monásticas*, na qual defendia idéias como a proporcionalidade da pena e reintegração do apenado na comunidade, pode ser considerado precursor do sistema penitenciário⁷⁹.

Tem-se, pois, que o direito canônico influenciou diretamente o direito secular no que diz respeito aos modelos de correção do delinqüente.

Nos séculos XV e XVI, a crise das formas feudais de organização econômica e social, aliada às guerras e expedições militares fracassadas, provocou uma extensão dos núcleos urbanos e expansão da pobreza pela Europa⁸⁰.

Os desafortunados migravam do campo para as cidades, em busca de oportunidades de trabalho que surgiam com o advento de novos meios de produção. Todavia, muitos deles não eram absorvidos pela atividade manufatureira que se iniciava e terminavam por sobreviver de esmolas e delitos.

Diante do incremento da criminalidade, a pena de morte deixa de ser interessante. A execução de tantas pessoas se tornara inviável.

A partir da segunda metade do século XVI, a atividade industrial incipiente começa a reclamar mão-de-obra. Nesse contexto, começa a se desenvolver a idéia da privação de liberdade como pena.

⁷⁹ LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 32.

⁸⁰ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

Em Londres, como medida de política criminal, eram recolhidos os vagabundos, os ociosos, e aqueles que praticavam pequenos delitos, sobretudo, contra o patrimônio individual.

Tais delinqüentes deveriam ser corrigidos, ou melhor, reformados pelo trabalho e disciplina e a sua reclusão serviria para desestimular outros a praticarem atos delituosos (prevenção geral). Desta forma, a força de trabalho dos miseráveis poderia ser aproveitada⁸¹.

A partir de então, começaram a se proliferar pela Inglaterra *as houses of correction* ou *bridwells*. Em 1697, surge a primeira *workhouse* na Inglaterra. No final do século XVIII, já havia vinte e seis. As casas de trabalho eram comandadas por paróquias e submetidas a controle judicial. Na Holanda, a primeira casa de correção surgiu em 1596. Com o passar do tempo, as prisões de Amsterdã foram imitadas em muitos países europeus⁸².

Os fundadores dos estabelecimentos ingleses e holandeses pretendiam reabilitar os delinqüentes e, para tanto, utilizavam a disciplina, trabalho forçado, castigo corporal e instrução religiosa.

As instituições penais desta época demonstravam o nítido propósito de utilização do recluso como mão-de-obra e destinavam-se a abrigar mendigos e aqueles que praticavam pequenos delitos, os que cometiam crimes mais graves ainda eram submetidos ao exílio, penas corporais e pena de morte. As instituições serviam diretamente ao desenvolvimento da sociedade industrial que se descortinava, como ressalta Bitencourt:

Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital⁸³.

O modelo das *workhouses* serviu de instrumento para controlar o baixo valor dos salários e a força de trabalho – era preferível aceitar as péssimas condições de trabalho oferecidas pelos detentores do capital a ser encaminhado a uma instituição corretiva.

⁸¹ GOMES, Marcus Alan de Melo, p. 28.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 17.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 22.

O surgimento das prisões, nos moldes preconizados pelas casas de trabalho inglesas e holandesas, teve como pano de fundo a necessidade de adequar os comportamentos da massa ao sistema capitalista.

A equação trabalho forçado em consonância com o ensino religioso (componente ideológico) condicionava o indivíduo, principalmente os pobres, para exercer seu papel de força de trabalho produtiva e resignada. As *workhouses* eram, em verdade, instrumentos de dominação política, econômica e ideológica.

Na segunda metade do século XVIII, o desenvolvimento do liberalismo econômico, aliado ao declínio do mercantilismo e ao surgimento do maquinismo industrial; desencadeou o aumento da disponibilidade de mão-de-obra.

A partir de então, o trabalho carcerário começa a ficar desinteressante⁸⁴. Nesse contexto, torna-se relevante verificar como as condições de vida nas prisões foram se alterando à medida que se alterava o modo de produção.

A transição do sistema manufatureiro para o industrial, aliada aos outros fatores sociais e econômicos, refletiu diretamente no modelo prisional. As prisões deixaram de realizar trabalho produtivo e as condições de vida nas prisões pioraram, posto que estas transformaram-se em instituições inúteis sob a ótica econômica.

Todavia, o desenvolvimento da pena privativa de liberdade não deve ser estudado apenas pelo viés da dominação; outros aspectos devem ser considerados, tais como: crise da pena de morte, ideais humanitários, defesa social, castigo e recuperação do delinqüente.

Em meados do século XVIII, pensadores europeus começaram a difundir idéias de racionalidade e humanidade da pena em contraposição à crueldade e arbitrariedade que inspiravam em legislação da época.

Assim, surgiram críticas à legislação penal vigente e tiveram início as discussões sobre os limites ao direito de punir, levando-se em consideração não apenas os ideais iluministas e humanitários, mas também, os reflexos políticos e econômicos da penalidade cruel.

Nesse sentido, Foucault ressalta que,

A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja,

⁸⁴ GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p. 30.

dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova ‘economia política’ do poder de punir⁸⁵.

Iniciou-se, nesse contexto, um movimento pela reforma do sistema punitivo, do qual foram expoentes Beccaria, Howard e Bentham. A infração penal afastou-se da idéia de infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O crime, ou a infração penal, passou a se resumir à ruptura com a lei estabelecida pelo poder político: *nullum crimen sine lege*.

A lei deveria definir quais as são condutas nocivas à sociedade e classificá-las como crime. O crime seria definido como dano social e, por conseguinte, o criminoso como inimigo social, que, conseqüentemente deveria ser afastado e punido.

Nesse contexto, só poderiam sofrer penalidades as condutas efetivamente definidas como repreensíveis pela lei. O foco voltou-se para o crime e não para o criminoso. A pena, por sua vez, passaria a ter caráter precípua de retribuição.

Os principais nomes da Escola Clássica do Direito Penal foram Beccaria e Carrara, cujas noções de dogmática ainda hoje são aproveitadas. Os clássicos estabeleceram como postulados: a fundamentação e a limitação do direito de punir, pessoalidade e mitigação das penas; exclusão da pena capital e das penas corporais e infamantes; definição do crime, definição da pena, presunção de inocência, entre outros.

A obra, *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794) – representante da Escola Clássica de Criminologia e da Escola Clássica de Direito Penal – construiu um novo sistema criminal, associando ideais contratualistas e utilitaristas:

Toda pena, que não derive de absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos⁸⁶.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel (1987). Op. cit., p. 69.

⁸⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 28.

As idéias de Beccaria foram materializadas no primeiro Código Penal da França, de 1791.

O inglês, John Howard (1726⁸⁷-1790) com a famosa obra *O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales* (1777) inaugurou o penitenciarismo. Howard foi xerife e alcaide do Condado de Bedford e, no exercício do cargo, manteve estreito contato com a deplorável situação das prisões.

Considerava ele que o trabalho e a religião (calvinista) eram os meios necessários para garantir a reabilitação do condenado e defendia o isolamento celular noturno, a classificação dos condenados (processados, condenados e devedores) e a necessidade de fiscalização do estabelecimento penal por magistrados.

No intuito de buscar respostas para aplacar suas angústias relacionadas à problemática penitenciária, Howard percorreu toda a Europa a realizar estudos sobre os diferentes sistemas prisionais, com embasamento teórico e prático.

Seus estudos contribuíram para o processo de racionalização e humanização das prisões; além de haver preconizado a necessidade de construção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Jeremy Bentham (1748 – 1832), filósofo e jurista inglês, autor do livro *Teoria das penas e das recompensas* (1818) fundamentou sua teoria da pena no utilitarismo. A retribuição penal não deveria exceder o mal produzido pelo crime.

Exerceu notável influência na arquitetura prisional, pois concebeu o panoptico – um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O edifício se dividia em pequenas celas, cujo interior podia ser visto pela pessoa que estava na torre e que vigiava e controlava aqueles que ocupavam as celas⁸⁸.

A arquitetura do panoptico prima pela segurança e controle e sua organização pela emenda do delinqüente. Os reclusos seriam classificados de acordo com sua perversidade; estes deveriam interagir em pequenos grupos, exercer trabalho produtivo e atrativo; usariam uniformes e estariam submetidos a uma severa disciplina que incluía “castigo moderado”. O projeto prisional de Bentham, embora suas idéias tenham influenciado a doutrina penitenciária, não se desenvolveu plenamente.

⁸⁷ Não há consenso acerca do ano de nascimento de Howard, alguns autores indicam os anos de 1724, 1725 ou 1727. O ano de 1726 é assinalado por Cezar Roberto Bittencourt, *Falência da Pena de Prisão*, p. 38.

⁸⁸ BENTHAM, Jeremy. *O Panoptico*. Tradução: Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

Por volta de 1820, nas sociedades industriais em vias de formação, surge a necessidade de proteção da nova forma de riqueza que é investida em mercadorias, estoques, máquinas, oficinas, matérias-primas que constituem o escopo do consumismo e do acúmulo de bens gerado pelo capitalismo.

A nova materialidade da fortuna faz com que esta esteja mais suscetível à dilapidação. A população de pobres, famintos e desempregados poderia ter contato direto com a riqueza; assim, faziam-se necessários os mecanismos de controle dos indivíduos.

Na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, os mecanismos de controle eram formados por grupos de pessoas que se atribuíam, sem delegação de poder superior, a tarefa de manter a ordem⁸⁹.

Tais mecanismos, inicialmente criados pela pequena burguesia, passaram a ser controlados pela aristocracia e evoluíram para grupos de autodefesa de caráter paramilitar, em resposta às primeiras grandes agitações sociais. Sociedades econômicas organizavam-se para proteger o patrimônio. Por fim, os mecanismos populares de controle dos indivíduos foram sendo estatizados.

Nesse sentido é possível compreender porque o criador da polícia inglesa, Colquhoun, tinha sido comerciante, depois encarregado por uma companhia de navegação para vigiar as mercadorias armazenadas nas docas de Londres. A polícia londrina nasceu da necessidade de proteger as docas, armazéns e outros bens.

Na França, sob a égide da monarquia absolutista, os mecanismos de controle sempre dependeram da força do Estado. O forte aparato do Estado Francês estava apoiado no instrumento judiciário clássico e em um instrumento para-judiciário – a polícia, cuja invenção é privilégio da França.

Conforme narra Foucault, a polícia francesa, para exercer o controle social, utilizava-se da *lettre-de-cachet*, uma ordem do rei que obrigava uma pessoa a fazer alguma coisa⁹⁰. Na maioria dos casos, as *lettres-de-cachet* eram enviadas pelo monarca atendendo a solicitação de membros da sociedade: maridos traídos pelas esposas, pais descontentes com os filhos, clérigos perturbados por idéias pecaminosas, patrões descontentes com empregados subversivos, **além de outros**.

Os indivíduos solicitavam o envio das *lettres-de-cachet*, a um intendente do rei – membro da polícia; este, por sua vez, fazia um inquérito para saber se o pedido era

⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 100.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel (2002), p. 95.

precedente; confirmada a procedência do pedido, o intendente comunicava ao ministro do rei encarregado do assunto, que, por sua vez, providenciava o envio da punição. A *lettre-de-cachet* consistia, portanto, em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social.

No caso da *lettre-de-cachet* ser punitiva, ela tinha como resultado a prisão do indivíduo. Segundo Foucault, a prisão, que vai se tornar a grande punição do século XIX tem sua origem precisamente nesta prática para-judiciária da *lettre-de-cachet*⁹¹. O indivíduo que recebia a *lettre-de-cachet* era colocado na prisão e nela mantido até nova ordem – que só vinha quando a pessoa que requisitara a *lettre-de-cachet* afirmasse que o indivíduo aprisionado tinha se corrigido.

Aparece, nesse contexto, o ideário de uma penalidade que tem por função não ser uma resposta a uma infração, mas corrigir os indivíduos dotados de periculosidade. Essa forma de penalidade não nasce da teoria jurídica do crime. Essa concepção de uma penalidade que procura corrigir aprisionando é uma idéia policial, nascida paralelamente à justiça, em uma prática dos controles sociais dos menos afortunados.

A sociedade disciplinar do século XIX podia ser materializada no panóptico de Bentham – um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O edifício se dividia em pequenas celas, cujo interior podia ser visto pela pessoa que estava na torre e que vigiava e controlava aqueles que ocupavam as celas.

Na sociedade disciplinar, ou *panóptica* como preferia Foucault, em cada uma das celas poderia haver, segundo o objetivo da instituição, uma criança no ato de aprender a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, além de outros.

As instituições de controle ou instituições de seqüestro foram criadas para fazer com que o “tempo da vida se torne tempo de trabalho; que o tempo de trabalho se torne força de trabalho; que a força de trabalho se torne força produtiva”⁹². Surgiram, pois, como técnicas de poder, utilizadas pelo sistema capitalista, para **fundir** os homens ao aparelho de produção.

Nesse contexto, a penalidade no século XIX afasta-se da racionalidade e da noção de utilidade social proposta pela Escola Clássica e ressurgiu impregnada de moralidade.

⁹¹ FOUCAULT, Michel (2002). Op. cit., p. 98.

⁹² FOUCAULT, Michel (2002). Op. cit., p. 122.

A reclusão do século XIX era uma combinação do controle moral e social nascido na Inglaterra, com a instituição propriamente francesa e estatal da reclusão em um local, um edifício, uma instituição.

Era, portanto, apenas mais uma dentre tantas instituições de controle dos indivíduos: escolas, fábricas, hospitais psiquiátricos.

Foi assim que uma instituição tão paradoxal e tão cheia de inconvenientes como a prisão se impôs a um Direito Penal que era, no século XVIII, de uma rigorosa racionalidade. A prisão se impôs porque era, no fundo, apenas uma forma concentrada, simbólica de todas as instituições de seqüestro criadas no século XIX⁹³.

2.2. A finalidade da sanção penal

O presente trabalho não tem a pretensão de apresentar todas as teorias elaboradas, ao longo da história, para justificar a sanção penal, mas, tão somente, discutir algumas das teorias mais expressivas, de modo a buscar compreensão do tema e ajustá-lo ao que preconiza o escopo do estudo em tela.

A pesquisa, nesta instância, parte da premissa de que a fundamentação e a finalidade da pena devem sempre ser compreendidas **no âmbito** de um sistema socioeconômico que justifica a ação coercitiva do Estado.

A finalidade da pena é a justificativa do Direito Penal e, em última instância, garantia de sobrevivência do próprio Estado. Diversas teorias foram elaboradas para servir de fundamento às penalidades, com vistas a legitimar o poder punitivo do Estado, das quais merecem destaque: teorias absolutas (retributivas), teorias relativas (prevenção geral e especial) e teorias unificadoras ou ecléticas.

2.2.1. Teorias absolutas ou retributivas da pena

No Estado absolutista, o crime era considerado uma afronta ao soberano; o que significava não apenas um **acinte** ao poder político, mas, um desafio ao poder divino. Destarte, a pena era considerada um meio de expiação do pecado.

⁹³ FOUCAULT, Michel (2002). Op. cit., p. 123.

No século XVIII, a infração penal afastou-se da idéia de infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral, e passou a ser considerada como afronta à lei estabelecida pelo poder político.

Assim, as condutas consideradas nocivas à sociedade eram definidas, pela lei, como crime. O criminoso, por sua vez, era considerado inimigo social. Nesse contexto, a pena deveria ter um conteúdo de retribuição moral a quem errou, como simples retribuição do mal pelo mal.

Shecaira & Corrêa (1995) destacam que: “Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa, não só a justificativa para a pena, mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo”⁹⁴.

Entre os principais defensores das teorias retribucionistas estão Kant e Hegel, expoentes da Escola Clássica do Direito Penal.

A teoria de Kant foi assim sintetizada por Zaffaroni & Pierangeli:

Quando Kant faz aplicação desses princípios no direito penal, conclui que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio. Afirmo que a pena nunca pode ser um meio, porque, se assim for, mediatiza o apenado. Nem sequer aceita que seja um meio para melhorar o próprio delinqüente. Daí que conceba a pena como um fim em si mesmo, derivado da simples violação do dever jurídico. Qual será, pois, a medida da pena? Não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o talião, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada. Tal é a teoria absoluta da pena em Kant⁹⁵.

Enquanto para Kant a finalidade retributiva da pena era de ordem ética, para Hegel (1770-1831) tratava-se de retribuição jurídica: “o delito é uma violência contra o direito; a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, pois, a restauração positiva do direito”⁹⁶.

A aplicação da pena encontra justificativa na necessidade de restauração da ordem jurídica – expressão da vontade geral – violada pela vontade individual do delinqüente.

As teorias absolutas tiveram o mérito de inaugurar a preocupação com a finalidade da pena, mas foram duramente criticadas e não serviram para justificar o

⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. Op. cit., p. 38.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 265.

⁹⁶ QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

poder punitivo do Estado. Destarte, o poder punitivo que não encontra justificação não tem limites e pode resvalar para a arbitrariedade.

Roxin⁹⁷ anota que:

Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer o limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efectivamente punida; concede, de certo modo, um cheque em branco ao legislador: Assim se explica também a sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sob este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático.

Ademais, as teorias absolutas carecem de cientificidade, já que utilizam como premissa o indemonstrável livre arbítrio do indivíduo e se fundamentam no ideário metafísico de justiça – conceitos que não podem ser colocados à prova.

2.2.2. Teorias relativas

Posteriormente à retribuição como carácter precípua da pena, surgiram as teorias relativas, elaboradas a partir da concepção segundo a qual a pena é necessária para a sobrevivência do grupo social, na medida em que previne a prática de novos crimes.

A finalidade preventiva atribuída à pena divide-se em: prevenção geral e prevenção especial.

2.2.2.1. Teoria da prevenção geral

Os principais defensores desta teoria foram: Bentham, Beccaria, e Feuerbach. Para os teóricos da prevenção geral, a pena deve ter carácter intimidador para ser eficiente, portanto, há que ser exemplarmente executada. A finalidade precípua da pena é demover os cidadãos de qualquer pretensão de violar a norma penal.

Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) – considerado o pai do Direito Penal moderno – catedrático da Universidade de Viena, Conselheiro do Reino e juiz,

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa, Ed. Veja, 1986.

sob forte influência de Rousseau e dos ideais iluministas, iniciou os primeiros contornos da moderna concepção garantista.

Este estudioso formulou a “teoria da coação psicológica”, segundo a qual a pena é uma ameaça dirigida aos cidadãos com a finalidade de evitar que estes pratiquem condutas delituosas. O fundamento da ameaça, por sua vez, é a necessidade de segurança jurídica e social. Por fim, executa-se a ameaça para demonstrar que a pena se seguirá ao delito⁹⁸.

Beccaria, por sua vez, assim teorizou:

O fim, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens e a menos tormentosa no corpo do réu⁹⁹.

A teoria parte da concepção iluminista de que o homem é um ser racional, dotado de capacidade para ponderar entre as vantagens e desvantagens da prática delituosa. E é a partir dessa concepção que se iniciam as críticas à teoria da prevenção geral; já que esta confia tanto na racionalidade absolutamente livre do homem quanto na racionalidade isenta dos objetivos do Estado – verdadeiras ficções.

Ademais, confiar no efeito intimidador da pena é desprezar a confiança ínsita ao criminoso, de que não será descoberto. Como bem sintetizou Roxin: “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral.”¹⁰⁰

Outra crítica feita a esta teoria é que não estabelece limites ao poder punitivo do Estado. Destarte, o afã de garantir o efeito intimidador da pena pode levar ao terror estatal; o que implicará em desconsideração dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a culpabilidade do agente é que deve nortear a aplicação da pena, não o caráter intimidador dirigido aos potenciais delinqüentes.

Como subespécie da teoria da prevenção geral surgiu a chamada teoria da prevenção geral positiva, segundo a qual, a função da pena é confirmar a vigência da norma, fortalecer o Direito, e como conseqüência, proteger os bens jurídicos. A pena, ao cumprir tal finalidade, garante o funcionamento orgânico da sociedade.

⁹⁸ FEUERBACH, Paul Johann anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 4. ed. al. E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989 (Colección Criminalistas Perenes).

⁹⁹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 52.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 18.

A teoria, por sua vez, subdivide-se em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora. Os teóricos destas duas subdivisões divergem quanto à existência de outras finalidades da pena que não a de reafirmar a vigência da norma.

São expoentes da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora: Welzel e Jacobs. Para o primeiro, a principal função do Direito Penal é de natureza ético-social; o que significa que a pena, ao cumprir a finalidade de confirmar a norma e os valores da sociedade nela contidos, garante a fidelidade do cidadão ao Direito. Destarte, fortalece o sentimento de confiança do cidadão no ordenamento e, por conseguinte, o funcionamento orgânico da sociedade¹⁰¹.

Jacobs, por sua vez, entende que as normas jurídicas devem orientar as relações sociais e a pena serve para reafirmar esta função orientadora da norma, na medida em que castiga aquele que a viola. Com efeito, anota Queiroz¹⁰²:

A pena ou, mais precisamente, a norma penal, aparece, aí, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização de expectativas.

A perspectiva de Jacobs difere do pensamento de Welzel por ser puramente normativa, desprovida de qualquer caráter utilitarista. A função da pena é reafirmar o ordenamento jurídico, sem qualquer objetivo de prevenção especial. Portanto, a teoria de Jacobs é considerada uma releitura da teoria absoluta de Hegel.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, os maiores críticos da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora foram Mir Puig, Muñoz Conde, Alessandro Baratta e Luzon Peña. Baratta afirma que a teoria de Jacobs é “conservadora e legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais”¹⁰³.

Para os teóricos da prevenção geral positiva limitadora, dentre os quais se destaca Hassemer; além de definir a finalidade da pena é possível acrescentar limites ao

¹⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *La función de La pena y La teoria Del delito em Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 52, citando Welzel.

¹⁰² QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47.

¹⁰³ BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Trad. García Mendes y Sandoval Huertas. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1985, p. 16 e s.

poder punitivo do Estado. Tais limites são encontrados em princípios, tais como intervenção mínima, proporcionalidade, culpabilidade, além de outros.

A construção da teoria parte da verificação de que o Direito Penal é instrumento formal de controle social. E a formalidade deste instrumento pressupõe a existência de limites pré-determinados que garantam os direitos individuais do cidadão.

O pensamento de Winfried Hassemer é retratado por Shecaira & Correia:

A finalidade da pena, segundo Hassemer, deve ser caracterizada como prevenção geral positiva, já que é a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinqüente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado¹⁰⁴.

Conclui-se, pois, que a imposição de limites ao poder punitivo do Estado serve como afirmação de um Direito social e democrático. A ressocialização e a retribuição são vistas como instrumentos de realização da prevenção geral positiva.

2.2.2.2. Teoria da prevenção especial

Esta teoria visa, em primeira instância, prevenir a reincidência. Dirige-se, portanto, àqueles que praticaram um crime e devem ser “reformados” para que não voltem a delinqüir. Tem como expoente Von Liszt e encontra coincidência com os postulados da Escola Positiva do Direito Penal.

Enquanto para o pensamento da Escola Clássica do Direito Penal, os homens são todos sensivelmente iguais, de maneira que não se admite que uma pessoa já nasça voltada para o crime, para a Escola Positiva, os fatores biológicos, físicos e sociais predeterminam o crime.

Nesse parâmetro, com os positivistas, o indivíduo deixou de ser mero objeto de aplicação do Direito Penal, passando à condição de protagonista da justiça penal.

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit, p. 47.

Deste pensamento advieram contribuições à ciência criminal, tais como, a individualização da pena, o conceito de periculosidade, as medidas de segurança e a valoração subjetiva da culpabilidade.

A finalidade da pena, segundo a Escola Positiva, não é punir o criminoso, mas ajustá-lo às condições de convivência social, prevenindo assim novos delitos. Destarte, preferem a nomenclatura “medida penal” à “pena”.

A idéia de interdição e recuperação do criminoso coincide com a consolidação do capitalismo como sistema socioeconômico. O Estado intervencionista deve disciplinar os conflitos entre os detentores dos meios de produção e a massa de despossuídos.

Para tanto, mostra-se necessário estabelecer mecanismos de controle dos indivíduos. Este que não se ajusta à nova ordem social, ao não cumprir sua função de força de trabalho, mostra-se perigoso, anormal, e precisa ser reabilitado.

Segundo ensinam Shecaira & Corrêa, o escopo da prevenção especial é “perseguido pela intimidação do delinqüente ocasional, reeducação do criminoso habitual corrigível, ou tornando inofensivo aquele que demonstra ser incorrigível”¹⁰⁵.

A finalidade de prevenção especial, como medida de ressocialização, é específica da pena privativa de liberdade. O período de privação de liberdade também serve para proteger a sociedade contra o delinqüente¹⁰⁶.

A tese da prevenção especial está fundamentada na noção de periculosidade do indivíduo e tal fundamento ampara severas críticas a esta teoria uma vez que o prognóstico acerca da periculosidade é quase profético. Nesse sentido, a teoria também encontra dificuldade em delimitar o poder punitivo do Estado.

Se a pena é instrumento do Estado para controlar a periculosidade do indivíduo; se a duração da pena é determinada pela cessação da periculosidade; se é o Estado que impõe a pena, ao mesmo tempo em que define o que é periculosidade; conclui-se que a teoria da prevenção especial submete o indivíduo a um controle indefinido pelo Estado.

Outro ponto que suscita críticas à teoria é a idéia de ressocialização, reeducação ou readaptação social do indivíduo. A idéia de ressocialização como

¹⁰⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. cit., p. 39.

¹⁰⁶ ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 22.

adaptação à ordem social vigente significa apenas aceitação dos valores da classe dominante, o que implica em manipulação e afronta às liberdades individuais.

Deve-se, também, atentar para aqueles casos nos quais o indivíduo que praticou o delito está perfeitamente integrado na sociedade em que vive. Nestes casos, não há como justificar a aplicação da pena com fundamento na ressocialização.

Ademais, a ressocialização encontra entraves de ordem prática. Aplicar o escopo ressocializador nos estabelecimentos penitenciários é algo paradoxal, pois não há como reabilitar o indivíduo para a convivência em sociedade mantendo-o em condições de total privação de liberdade e de convívio social. Acrescente-se a tal fato, a falta de meios adequados e pessoal qualificado para lidar com os presos.

Bitencourt explica esse aspecto nos seguintes termos:

Diante de um panorama como esse, é natural que recusemos qualquer tentativa de imposição de certo modelo estatal, ou, em outros termos, de ressocializar ou reeducar coativamente quem delinqüiu. Isso atenta contra os direitos fundamentais do cidadão, mesmo quando haja transgredido as normas penais em prejuízo da comunidade. Assim, o conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Esse tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinqüente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão¹⁰⁷.

Em muitos países, diante da forte influência da Escola Positiva, a finalidade de prevenção especial da pena foi adotada e prevista expressamente em seus textos constitucionais.

2.2.3. Teoria mista ou unificadora da pena

A teoria unificadora da pena busca harmonizar os aspectos mais relevantes de cada uma das teorias anteriormente estudadas, absolutas e relativas. Merkel foi seu iniciador na Alemanha, no início do século XX. Parte do pressuposto segundo o qual a pena é um fenômeno complexo, de modo que merece ser estudado sob vários aspectos.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. cit., p. 141.

Nesse sentido, busca unificar os fins preventivos (prevenção geral e especial) da pena e utiliza a base teórica da retribuição (culpabilidade e proporcionalidade) como medida de limitação ao poder punitivo do Estado.

Entretanto, ao tentar justapor idéias conflitantes; quais sejam; a teoria absoluta que nega qualquer finalidade à pena e as teorias relativas que atribuem finalidade preventiva (quer seja prevenção geral, quer seja prevenção especial); a teoria mista recebeu diversas críticas que podem ser condensadas no pensamento externado por Roxin:

Não nos podemos dar por satisfeitos com uma acumulação de possibilidade de atuação. É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido correctamente que cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente que fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim no meio de reacção apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave, do posto de vista do Estado de Direito¹⁰⁸.

Em suma, para a teoria unificadora a pena cumpre funções distintas em cada uma de suas fases: no momento da cominação, a função precípua é de prevenção geral; quando da aplicação, sobressai a função retributiva; durante a execução, a função preponderante é de prevenção especial.

2.3. Os Sistemas Penitenciários

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos e forneceram as bases filosóficas para os sistemas hoje existentes.

2.3.1. Sistema Pensilvânico ou celular

Este sistema foi criado na Colônia da Pensilvânia com o objetivo de atenuar o rigor da legislação penal inglesa, ao tempo em que a pena privativa de liberdade era apontada como substitutivo às penas cruéis e à pena capital.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. Op. cit, pp. 25-26.

O sistema também é chamado de filadélfico, celular ou de confinamento solitário (*solitary confinement*) e tem como principal característica o isolamento celular. Foi idealizado pelos quaqueiros, impregnado de convicções teológicas e morais e sofreu influência das idéias de Howard, Beccaria e Bentham¹⁰⁹. Seus fundamentos remontam às instituições de controle inglesas e holandesas.

O sistema celular foi defendido por membros ilustres da comunidade da Filadélfia, como Benjamim Franklin e William Bradford, que objetivavam a reforma das prisões. O preso deveria ficar confinado em cela individual durante todo o tempo, meditando e orando, sem atividade laboral e visitas – só tinha contato com aqueles que trabalhavam no estabelecimento prisional e com membros de entidade que prestava assistência aos reclusos.

O modelo prisional buscava a expiação e o arrependimento pelo crime cometido através do estudo religioso. A religião, considerada como instrumento eficaz na busca pela recuperação do preso, convertia-se em instrumento de dominação.

Foi aplicado, pela primeira vez, em 1790, na *Walnut Street Jail*, primeira prisão dos Estados Unidos, fundada em 1776. Para tanto, foi construído um edifício celular no jardim da prisão, local onde deveria ser utilizado o sistema pensilvânico.

Entretanto, o sistema celular completo só foi aplicado aos presos mais perigosos. Posteriormente, o sistema pensilvânico espalhou-se pelos Estados Unidos e Europa, especialmente Inglaterra, França, Bélgica, Suécia e Holanda¹¹⁰.

O isolamento celular absoluto era utilizado como forma de evitar o convívio criminoso; entretanto, foi duramente criticado e comparado à tortura. Constatou-se que afetava a saúde física e psíquica dos reclusos e consistia em entrave à preparação daqueles para o retorno ao convívio social.

Ademais, apresentava alto custo de manutenção. Entretanto, práticas isolacionistas ainda são utilizadas nos sistemas penitenciários modernos como instrumento de dominação e controle, insuflado pelo aumento da violência hodierna.

Importante registrar que as Regras Mínimas Para Tratamento de Reclusos, repudiam práticas que agravem o sofrimento inerente à reclusão, *in verbis*:

57. A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cesar. Op. cit., p. 60.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cesar. Op. cit., p. 62.

deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação¹¹¹.

A obra *Administração penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos – Manual para Servidores Penitenciários*, de autoria de Andrew Coyle do *International Centre for Prison Studies*, em Londres, que foi vertida para o português em versão publicada pelo Ministério da Justiça, em 2004, traz as seguintes considerações sobre o isolamento:

Isolamento não é boa prática. Existem pelo menos dois modelos de gestão de presos violentos e presos que causam transtornos. O primeiro consiste em colocá-los em condições de isolamento, seja por si sós, seja com um ou dois outros presos. Nessa situação os presos passam todo o dia e toda a noite em sua cela. Nas condições mais extremas, eles não têm acesso a qualquer atividade ou estímulo externo e têm absolutamente nada para fazer. Esses presos poderão ter permissão para uma hora de recreação solitária em uma espécie de ‘gaiola’ vazia ao ar livre. Eles passam por uma revista íntima e são acorrentados cada vez que saem de sua cela. Em algumas jurisdições, os presos podem passar anos nesse tipo de regime. Esse método de lidar com os presos, por mais perigosos que sejam, não constitui boa prática e muitas vezes decorre da ausência de técnicas de administração penitenciária apropriadas¹¹².

No Brasil, a Lei de Execução Penal prevê o isolamento na própria cela ou em local adequado, como espécie de sanção disciplinar¹¹³, que pode ser aplicada por simples ato motivado do diretor do estabelecimento prisional¹¹⁴.

No entanto, determina que “o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado¹¹⁵”.

No regime disciplinar diferenciado, espécie de sanção disciplinar introduzida na Lei de Execução Penal, pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o preso fica

¹¹¹ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.

¹¹² COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos – Manual para servidores penitenciários*. Londres, International Centre for Prison Studies – King’s College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica – Brasília, 2004 p. 91.

¹¹³ Artigo 53, inciso IV.

¹¹⁴ Artigo 54.

¹¹⁵ Artigo 58.

isolado em cela individual, entretanto, tem direito a duas horas de banho de sol por dia e a visitas semanais de duas pessoas.

O período máximo deste regime é de trezentos e sessenta dias, com possibilidade de renovação, por outro motivo, até o limite de um sexto da pena aplicada¹¹⁶.

O regime disciplinar diferenciado pode ser aplicado aos presos provisórios e condenados. As hipóteses de aplicação desta espécie de sanção disciplinar são: cometimento pelo preso de crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna; oferecimento, pelo preso, de risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade; ou a existência de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso em organizações criminosas, quadrilha ou bando¹¹⁷.

A aplicação do regime diferenciado depende de decisão judicial, após oitiva do Ministério Público e da defesa, mediante provocação, em regra, da direção do estabelecimento penitenciário. Permite-se a inclusão cautelar por dez dias, por decisão administrativa.

Após a entrada em vigor da Lei n. 10.792/2003, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, em sua 295ª reunião ordinária, deliberou por produzir um parecer com o objetivo de analisar a compatibilidade da nova legislação com os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, no que diz respeito à instituição do regime disciplinar diferenciado.

O parecer elaborado pelo Conselheiro Carlos Weis concluiu pela incompatibilidade da instituição do regime disciplinar diferenciado com a disciplina constitucional dos direitos e garantias individuais e com as normas contidas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais; o Brasil é signatário, nos seguintes aspectos: 1) falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, consistindo, portanto, em violação à proibição do estabelecimento de penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; 2) falta de tipificação clara das condutas e ausência de correspondências entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente; 3) o regime disciplinar diferenciado não tem natureza jurídica de sanção administrativa, embora tenha sido previsto como tal, revelando-se como uma tentativa

¹¹⁶ Artigo 52.

¹¹⁷ Artigo 52.

de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação.

Em 17 de outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, propôs ação direta de inconstitucionalidade contra as alterações produzidas pela Lei n. 10.792/2003 na redação original da Lei de Execução Penal, que instituíram e normatizaram o regime disciplinar diferenciado. A ação recebeu o número 4162 e ainda está em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

2.3.2. Sistema Auburniano

O sistema auburniano, também conhecido como sistema do silêncio (*silent system*) ou misto, é assim denominado, pois foi aplicado pela primeira vez na penitenciária de Auburn, Estado de Nova Iorque, em 1816¹¹⁸.

O prisioneiro era isolado apenas durante o período noturno. Durante o dia, tinha contato com os demais, todavia devia obedecer a regra que previa silêncio. Os reclusos não podiam conversar entre si, apenas lhes era permitido falar com os guardas.

Os principais objetivos do sistema eram garantir a obediência dos reclusos e manter a segurança do estabelecimento prisional, com forte influência do militarismo e valendo-se, para tanto, de castigos corporais.

Este sistema foi muito difundido nos Estados Unidos e considerado uma evolução do sistema filadélfico, pois diferentemente deste, no sistema auburniano os reclusos exerciam atividade laboral produtiva. Tal diferença teve nítido caráter econômico, uma vez que no início do século XIX, os Estados Unidos enfrentavam escassez de mão-de-obra, sendo necessário desenvolver a oferta de força produtiva.

Assim, o trabalho era considerado como principal instrumento de reabilitação do delinqüente, ao mesmo tempo em que servia para torná-lo útil ao capitalismo.

Nesse contexto, surgiram nos Estados Unidos conflitos entre os sindicatos e autoridades penitenciárias. Os sindicatos se opuseram ao trabalho produtivo nas prisões, uma vez que este tinha menor custo e concorria com o trabalho dos homens livres. Ademais, estes não aceitavam trabalhar, lado a lado, com ex-presidiários que haviam aprendido o ofício na prisão.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cesar. Op. cit., p. 70.

O sistema auburniano foi predominante nos Estados Unidos, ao passo que na Europa, onde a mão-de-obra não era insuficiente, predominou o sistema filadélfico.

2.3.3. Sistema Progressivo

Com o declínio dos sistemas filadélfico e auburniano, começou a se desenvolver o chamado sistema progressivo, que preparava o prisioneiro para o retorno ao convívio social, de forma paulatina e de acordo com o merecimento daquele.

O sistema progressivo teve ampla aceitação e passou a ser utilizado em vários países, desde princípios do século XX. O modelo desenvolvido pelo Coronel Manuel Montesinos y Molina (1796-1862), no presídio de San Agustín, em Valência, Espanha, é considerado precursor do sistema progressivo e se dividia em três fases¹¹⁹:

1ª) fase dos ferros – os presos permaneciam acorrentados enquanto executavam serviços de limpeza e outros no interior do presídio;

2ª) fase do trabalho – os presos exerciam atividade laboral em oficinas;

3ª) fase da liberdade intermediária – os presos podiam trabalhar fora do presídio e visitar familiares.

Montesinos acreditava no poder reabilitador do trabalho e defendia o respeito à dignidade do recluso. A reincidência no presídio de Valência diminuiu de 30% (trinta por cento) a 35% (trinta e cinco por cento) para 1% e (um por cento) e, em certos períodos, não houve reincidentes.

Na Ilha de Norfolk, Austrália, o capitão da Marinha Real Inglesa, Alexander Maconochie (1787 – 1860), criou o sistema de marcas – sistema inglês progressivo ou *mark sistem* – aplicado a criminosos de alta periculosidade, vindos da Inglaterra¹²⁰. Tratava-se de um sistema fundado em prêmios e era dividido em três períodos:

1º) isolamento celular em tempo integral, inspirado no sistema filadélfico;

2º) isolamento celular durante o período noturno e trabalho em comum durante o período diurno, obedecendo-se a lei do silêncio total e obrigatório, tal qual o sistema auburniano;

3º) liberdade condicional.

¹¹⁹ LEAL, César Barros. Op. cit., p. 34.

¹²⁰ LEAL, César Barros. Op. cit., p. 35.

A progressividade do sistema era avaliada de acordo com a conduta e o trabalho desenvolvido pelo preso; que recebia marcas ou vales indicando que estava apto a passar para a próxima fase, menos rigorosa.

O modelo implantado por Maconochie foi considerado exitoso, pois conseguiu imprimir ordem no estabelecimento penal e fazer com que os reclusos fossem habituados ao trabalho, o que favoreceu a reabilitação.

Na Irlanda, entre 1854 e 1864, Walter Crofton aperfeiçoou o sistema de marcas, incluindo entre a segunda fase e a terceira, uma outra, que consistia na transferência do preso para prisões agrícolas ou industriais – prisões intermediárias (entre o sistema fechado e a liberdade condicional), onde os presos trabalhavam e não precisavam ficar em silêncio¹²¹.

Crofton é considerado, por alguns, como o verdadeiro criador do sistema progressivo. A inclusão da fase intermediária propiciava melhor preparo do recluso para o retorno ao convívio social. Este sistema teve ampla aceitação e foi aplicado em vários países.

No Reformatório de Elmira, fundado nos Estados Unidos em 1876, o diretor Zebulon Brockway aplicou um sistema de graus ou classes, baseado em trabalho, religião, exercícios físicos e disciplina¹²². Os internos, após serem classificados, eram colocados no segundo grau, que consistia em regime mais brando, sem uniforme ou corrente.

Após seis meses, os que apresentassem boa conduta progrediam para o primeiro grau, onde usavam uniforme militar e recebiam melhor tratamento. Os que tivessem boa conduta eram beneficiados com liberdade condicional; todavia, os que não demonstrassem bom comportamento ou tentassem fugir eram transferidos para o terceiro grau, no qual eram recolhidos à cela, acorrentados e castigados fisicamente. Esse modelo também foi reproduzido em outras regiões dos Estados Unidos e da Europa.

O sistema progressivo foi bastante difundido e hoje é predominante. Entretanto, nas últimas décadas vem sofrendo alterações e sérios questionamentos quanto a sua eficácia. A crise do sistema progressivo coincide com a crise de legitimidade da pena privativa de liberdade.

¹²¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. cit., p. 86.

¹²² LEAL, César Barros. Op. cit., p. 35.

CAPÍTULO III. AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO NACIONAL

Neste terceiro capítulo, é possível analisar as principais normas que tratam da pena privativa de liberdade. No direito internacional, apresentam-se tratados e convenções internacionais, além de documentos elaborados pelas Nações Unidas.

No âmbito do direito pátrio, faz-se um histórico das Constituições e da legislação infraconstitucional que antecederam os textos vigentes, e ressaltam-se as disposições contidas na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e na Lei de Execução Penal, em vigor.

3.1. Os tratados internacionais e as normas da Organização das Nações Unidas

Diversos são os instrumentos de direito internacional que trazem dispositivos acerca da pena privativa de liberdade e dos direitos dos apenados. A maioria deles foi ratificada pelo Brasil e representa uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário, o que amplia o rol de direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico interno.

Os principais pactos de direitos humanos que trazem dispositivos acerca da aplicação da pena privativa de liberdade são: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção Européia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950); Pactos de Direitos Civis e Políticos, assim como o de Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Protocolo à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

Da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, destaca-se o Artigo XXV:

Artigo XXV - Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo que tenha sido privado da sua liberdade tem direito a que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e a que o julgue sem protelação injustificada, ou, em caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

A Organização das Nações Unidas, inspirada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e seus ideais humanitários, que afloraram no cenário internacional após o fim da II Grande Guerra, em razão dos crimes contra a dignidade humana praticados naquela ocasião, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Resolução 217A (III), em 10 de dezembro de 1948.

O documento estabeleceu, no âmbito internacional, a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, entre os quais, estão diversas garantias em matéria penal.

Em seu preâmbulo, previu que os Estados-Membros se comprometem a “desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”.

Importante aqui registrar a redação do Artigo V: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”; e do Artigo IX: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

A Convenção Européia para a Garantia dos Direitos Humanos, assinada em 4 de novembro de 1950, por ministros de quinze países europeus, então membros do Conselho da Europa, reunidos em Roma, tratou da privação de liberdade em seu artigo 5º, no qual estabeleceu que ninguém será privado de sua liberdade, sem observância do devido processo legal; e que qualquer pessoa presa deverá ser informada acerca dos motivos que ensejaram a prisão e apresentada a uma autoridade judicial, bem como poderá recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal. Por fim, previu o direito à indenização daquele que for privado de sua liberdade em condições contrárias às previstas no mencionado artigo 5º.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas; em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, em seu artigo 10, estabelece o princípio de humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana para o tratamento de

todos os indivíduos privados de liberdade. O item 3 desse artigo, ressalta a reinserção social dos reclusos como fim essencial da pena.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor no âmbito internacional em 18 de julho de 1978.

O Brasil depositou a carta de adesão à Convenção em 25 de setembro de 1992 e, em 6 de novembro de 1992, via Decreto n. 678, o texto foi promulgado no âmbito interno.

No artigo 4º da Convenção, que trata do direito à vida, foram inseridas disposições restringindo a aplicação da pena de morte nos Estados onde esta, ao tempo da Convenção, era prevista, e proibindo o restabelecimento da pena capital nos Estados que a houvessem abolido.

Também foi proibida a aplicação de pena de morte a delitos políticos e a delitos comuns conexos àqueles, à pessoa menor de dezoito anos ou maior de setenta e à mulher grávida. O mesmo dispositivo estabeleceu que toda pessoa condenada à morte, possui direito de solicitar anistia, indulto ou comutação de penas.

O artigo 5º da Convenção tratou do direito à integridade pessoal e trouxe diversos regramentos à privação de liberdade, entre os quais se destacam: a proibição de tortura, penas e tratamento cruéis, desumanos ou degradantes; respeito à dignidade humana das pessoas privadas de liberdade; pessoalidade da pena; separação entre presos provisórios e condenados; separação entre menores e adultos.

Por fim, proclamou que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

No artigo 6º restou estabelecida a proibição à escravidão e servidão. Neste dispositivo, a Convenção tratou do trabalho forçado aplicado no cumprimento de pena privativa de liberdade, ao estabelecer que tal trabalho não pode afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

O artigo 7º, ao disciplinar o direito à liberdade pessoal, previu que a privação deste direito dependerá sempre da observância do devido processo legal e determinou que toda pessoa presa, possui o direito de ser informada dos motivos da prisão e conduzida à presença de autoridade judicial.

Estabeleceu que a pessoa, privada da liberdade, tem direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais.

O dispositivo também determinou que o processo deve ter duração razoável e previu a possibilidade de liberdade provisória condicionada a garantias que assegurem o comparecimento em juízo. Importante ainda registrar que a Convenção estabeleceu vedações à detenção ou encarceramento, arbitrários e à prisão por dívidas.

O artigo 8º cuidou, especificamente, das garantias judiciais, entre as quais, trouxe os seguintes princípios: do juiz natural, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da publicidade, além de estabelecer que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo e que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O artigo seguinte (9º) dispôs sobre os princípios da legalidade e da retroatividade da lei mais benéfica.

O artigo 10 previu, expressamente, o direito à indenização por erro judiciário.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é considerada um dos principais documentos que visam a proteção dos Direitos Humanos.

O texto data de 10 de dezembro de 1984, quando foi adotado pela Resolução n. 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas. No Brasil, foi ratificado apenas em 28 de setembro de 1989.

A primeira parte da Convenção diz respeito aos sujeitos ativos e passivos da tortura, sua definição e as medidas a serem adotadas pelos Estados signatários.

Importante transcrever, pela precisão do conceito, a redação do artigo 1º da Convenção:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

O artigo 2º conclama os Estados-Membros a adotarem “medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a

prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição”. Nesse sentido, a Convenção prevê a necessidade de investigação imparcial, julgamento e punição dos culpados, bem como a necessidade de cooperação internacional entre os Estados.

O artigo 4º estabelece a necessidade de **se** criminalizar a prática de tortura, cominando penas adequadas à sua gravidade. Nesse sentido, foi concebida no Brasil a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997.

Na segunda parte, a Convenção instituiu um Comitê contra a Tortura e disciplinou seu funcionamento, **ao estabelecer** o número de membros, duração do mandato, relatórios, posicionamentos sobre casos apresentados, dentre outros.

A última parte da Convenção trata do procedimento para a ratificação pelos Estados-Membros; sua entrada em vigor, proposição de emendas, solução de divergências entre os Estados-Membros e denúncia à Convenção.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, há a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985, ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989. O artigo 2º desta Convenção traz a seguinte definição de tortura:

Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Em 1955, tiveram início os congressos quinquenais das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, em cuja programação estavam os seguintes temas gerais: 1) regras mínimas para o tratamento dos presos; 2) seleção e formação do pessoal penitenciário; 3) estabelecimentos penais e correccionais abertos; 4) trabalho penitenciário; 5) prevenção da delinqüência de menores.

No primeiro congresso, realizado em Genebra, em 1955, foram adotadas “As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, posteriormente aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, **por meio** das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977.

As Regras Mínimas são inquestionavelmente; o mais importante documento produzido na área penitenciária e, segundo ensina Albergaria:

Consoante os princípios previstos nas Regras Mínimas, são dois os objetivos da pena privativa de liberdade: a proteção da sociedade e a preparação da reinserção social do condenado, durante o período da prisão (art. 59 das Regras Mínimas). Mas a exclusão do preso da sociedade tem precisamente o objetivo de ressocializá-lo, sem suprimir-lhe, de forma absoluta, o contato com a comunidade, da qual continua fazendo parte pela posse dos direitos inerentes da pessoa humana, não afetados pela sentença condenatória. O art. 61 das Regras Mínimas deixa expresso o status de cidadão do preso. Na execução penal, ensina C. CALÓN, elimina-se tudo quanto seja ofensivo à dignidade da pessoa humana. A garantia e respeito à pessoa humana do preso fundam-se na dignidade moral do homem, que tem íntima conexão com os direitos do condenado. Ilustra essa afirmação a palavra de PIO XII: a culpa e o delito não chegam nunca a extinguir do fundo do ser humano o selo impresso pela mão do Criador¹²³.

A primeira parte das Regras trata das normas gerais relativas à administração dos estabelecimentos penitenciários, aplicáveis, pois, a todas as categorias de reclusos; e traz como primeiro princípio a vedação de qualquer forma de discriminação “com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição”.

Por outro lado, estabelece que “é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso”. Ademais, assenta a separação dos reclusos por categorias, tendo em consideração sexo, idade, antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias a aplicar, além de indicar a separação de presos preventivos e condenados e reclusos do foro civil e reclusos do foro criminal.

Quanto aos locais de reclusão, prescreve que “os locais destinados ao descanso notório não devem ser ocupados por mais de um recluso”. No entanto, prevê exceções por razões especiais, como em casos de excesso temporário de população prisional. Nestes casos, os reclusos que compartilharão o dormitório deverão ser cuidadosamente escolhidos e deverá haver vigilância regular durante a noite.

As Regras determinam que as acomodações destinadas aos reclusos devem satisfazer exigências de higiene e saúde, levando-se em consideração as condições climatéricas, cubicagem de ar disponível, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e

¹²³ ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 17.

ventilação. Prevê, ainda, o fornecimento de artigos de higiene e limpeza, vestuário adequado e roupa de cama.

A alimentação fornecida pela administração penitenciária deve ser de qualidade e ter valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física. Do mesmo modo, deve haver água potável disponível aos reclusos.

A prática de exercício e desporto é expressamente prevista nas Regras, que determina que os reclusos devem ter ao menos uma hora diária de exercício ao ar livre, além de educação física e recreativa, com espaço, instalações e equipamento adequados.

Aos reclusos deve ser disponibilizado tratamento médico e odontológico. O estabelecimento penitenciário deve dispor dos serviços de pelo menos um médico qualificado, que deverá ter conhecimentos de psiquiatria.

Nos casos em que se faça necessário tratamento especializado, os reclusos poderão ser transferidos para outra unidade que o tenha ou para hospitais civis.

Nos estabelecimentos destinados a mulheres devem existir instalações especiais para atendimento de grávidas e os partos, preferencialmente, deverão ser realizados em hospital civil.

O serviço médico dos estabelecimentos penitenciários necessita atender os reclusos com presteza e providenciar a separação dos suspeitos de serem portadores de doenças infecciosas ou contagiosas; detectar doenças físicas ou mentais que possam constituir obstáculos à reinserção dos reclusos e determinar a capacidade física de trabalho de cada um.

As Regras também trazem normas atinentes à disciplina e às sanções. Estabelecem que a ordem e a disciplina “devem ser mantidas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária”,¹²⁴.

Nesse sentido, determina que lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente estabeleça a conduta que constitua infração disciplinar, o tipo e a duração das sanções disciplinares e a autoridade competente para pronunciar as sanções.

Ao recluso deve ser dado amplo conhecimento acerca da infração que lhe é imputada, bem como oportunizado amplo direito de defesa. É expressamente proibida qualquer sanção cruel, desumana ou degradante.

¹²⁴ Regra n. 27.

No momento da admissão, cada recluso deve receber informação escrita sobre o regime aplicável aos reclusos da sua categoria, regras disciplinares do estabelecimento e sobre os meios de obter informações e formular queixas, e deverá ser cientificado sobre seus direitos e obrigações, a fim de adaptar-se à vida do estabelecimento.

As Regras estabelecem a proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes, tais como penas corporais e colocação em “segredo escuro”. Estas regras estabelecem ainda, que correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação.

Aos reclusos deve ser permitido o contato com familiares e amigos, seja por carta, seja por meio das visitas. Além disso, poderão manter contato com o mundo exterior, por intermédio da leitura de jornais, periódicos ou publicações penitenciárias especiais, ou por televisão, rádios ou quaisquer outros meios semelhantes, autorizados ou controlados pela administração penitenciária.

Nesse sentido, o texto prevê expressamente que “cada estabelecimento penitenciário deve ter uma biblioteca para o uso de todas as categorias de reclusos, devidamente provida com livros de recreio e de instrução e os reclusos devem ser incentivados a utilizá-la plenamente”¹²⁵.

As Regras Mínimas também disciplinam a seleção do pessoal penitenciário, uma vez que “é da sua integridade, humanidade, aptidões pessoais e capacidades profissionais que depende uma boa gestão dos estabelecimentos penitenciários”¹²⁶.

O pessoal deve possuir nível intelectual adequado, ser submetido a curso de formação; além de cursos de aperfeiçoamento organizados periodicamente. A remuneração deve ser suficiente para recrutar pessoas competentes e a organização da carreira e condições de emprego devem levar em consideração a natureza penosa do trabalho.

Importante transcrever o texto da Regra n. 48, que estabelece o seguinte: “Todos os membros do pessoal devem, em todas as circunstâncias, comportar-se e desempenhar as suas funções de maneira que o seu exemplo tenha boa influência sobre os reclusos e mereça o respeito destes”.

Há, ainda, a previsão de que entre o pessoal penitenciário deve haver especialistas, tais como psiquiatras, psicólogos, trabalhadores sociais, professores e instrutores técnicos.

¹²⁵ Regra n. 40.

¹²⁶ Regra n. 46.1.

Quanto ao uso de armas pelo pessoal penitenciário, o texto prevê que, “salvo circunstâncias especiais, os agentes que assegurem serviços que os ponham em contato direto com os reclusos não devem estar armados. Aliás, não deverá ser confiada uma arma a um membro do pessoal sem que ele seja treinado para o seu uso”¹²⁷.

O texto ainda prevê que os estabelecimentos prisionais devem ser inspecionados periodicamente, por inspetores qualificados e experientes, nomeados por uma autoridade competente. Os inspetores deveram verificar se os estabelecimentos estão sendo administrados de acordo com as leis e regulamentos vigentes.

Na Parte II das Regras Mínimas das Nações Unidas, encontram-se normas aplicáveis às categorias especiais de reclusos: a) condenados; b) alienados e doentes mentais; c) preventivos não julgados; d) condenados por dívidas ou prisão civil; e) detidos ou presos sem acusação.

Inicialmente, são traçados princípios gerais referentes aos reclusos condenados, dentre os quais, o n. 58 enfatiza a finalidade da pena privativa de liberdade:

O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que priva de liberdade são em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas a vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.

Nesse sentido, o texto preconiza o atendimento individualizado do recluso, levando em consideração “o passado social e criminal do condenado, as suas capacidades e aptidões físicas e mentais, as suas disposições pessoais, a duração da condenação e as perspectivas da sua reabilitação”¹²⁸.

Destarte, prevê a utilização dos meios necessários: educativos, morais, terapêuticos, espirituais e assistenciais, **ao visar** assegurar o regresso progressivo do recluso à vida em sociedade, mediante um regime preparatório para a libertação.

Assim, os serviços médicos deverão buscar a detecção e tratamento de quaisquer deficiências ou doenças físicas ou mentais que constituam obstáculo à reabilitação do recluso. Os portadores de doenças mentais devem ser transferidos para instituições especializadas sob vigilância médica.

¹²⁷ Regra n. 54.3.

¹²⁸ Regra n. 66.1.

De tal modo, é necessária a classificação dos reclusos por grupos, a serem colocados em estabelecimentos separados, de modo que cada grupo possa receber o tratamento adequado.

O texto prevê a existência de estabelecimentos abertos, nos quais deve ser estimulada a autodisciplina dos reclusos e disponibilizadas condições favoráveis à reabilitação daqueles. Para tanto, a população carcerária deve ser reduzida.

Nos estabelecimentos fechados, recomenda-se que não sejam abrigados mais de quinhentos reclusos. Deve-se, ainda, estimular nos reclusos o respeito e o sentido de responsabilidade e cooperação.

Há, ainda, a previsão de existência de organismos governamentais ou privados incumbidos de dar assistência ao egresso, auxiliando-o na reinserção social.

Quanto ao trabalho dos reclusos, o texto determina que este não precisa ser penoso. Nessa medida, o trabalho a ser desenvolvido deve estar em conformidade com as aptidões físicas e mentais do apenado e deve ter natureza útil, de modo a capacitá-lo para ganhar honestamente a vida quando estiver em liberdade.

O trabalho deve ser remunerado e o horário deve ser fixado por lei ou regulamento, ao se levar em consideração regras ou costumes locais quanto aos trabalhadores em liberdade, e ao se reservar ao menos um dia de descanso.

A educação de analfabetos e jovens reclusos deve ser obrigatória, assim como a existência de atividades de recreio e culturais.

Os preventivos devem ser sempre mantidos separados dos reclusos condenados e “dormirão sós em quartos separados sob reserva de diferente costume local relativo ao clima”¹²⁹. A eles deve ser dada oportunidade para trabalhar, entretanto, não lhes será exigido o trabalho. Deve ser garantido aos preventivos o direito de se comunicar com familiares e amigos, bem como com seu defensor.

Estas são, em suma, as principais normas contidas no documento.

Importante registrar que o texto das Regras Mínimas está sendo objeto de revisão e atualização. O Comitê Permanente da América Latina, formado por especialistas na área de execução penal foi incumbido de elaborar um relatório que irá subsidiar a Organização das Nações Unidas na revisão do texto original.

O Comitê foi constituído pela Federação Internacional Penal e Penitenciária (FIPP), órgão sediado na Suíça, é presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal

¹²⁹ Regra n. 86.

brasileiro¹³⁰, Cezar Peluso, e tem o professor Eugênio Raul Zaffaroni como vice-presidente.

Além de haver estabelecido as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, com o intuito preservar a dignidade da pessoa humana submetida à privação de liberdade, a Organização das Nações Unidas recomendou a implementação de soluções alternativas à prisão.

Nesse sentido, coube ao Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção dos Delitos e Tratamento do Delinqüente realizar estudos a respeito das penas e medidas alternativas.

Assim, no 8º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, foram apresentadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio.

As Regras de Tóquio foram adotadas em 14/12/90, pela Resolução n. 45/110 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, e estabeleceram normas gerais de aplicação e execução das medidas não privativas de liberdade, apoiadas nos princípios de presunção de inocência e intervenção mínima, partindo da premissa segundo a qual a prisão deve sempre ser a *ultima ratio*.

O documento apresentou uma lista não exaustiva das medidas não privativas de liberdade, entre as quais estão penalidades pecuniárias, restituição à vítima, *probation*, prestação de serviços à comunidade entre outras.

Estabeleceu, ainda, medidas para reduzir as penas de prisão, como, por exemplo, libertação para fins de trabalho e educação, remição da pena, indulto, dentre outras.

Por fim, o texto trouxe normas sobre o material humano contratado para lidar com os apenados, o voluntariado e participação da sociedade, pesquisa, planejamento, formulação e avaliação de políticas criminais.

¹³⁰ Entre os integrantes brasileiros constam ainda: o diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, Maurício Kuehne; a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Eliana Calmon; o presidente do Conselho de Secretários da Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária, Carlos Lélío Lauria; os professores René Ariel Dotti e João Mestieri; o desembargador federal Fernando da Costa Tourinho Neto; o desembargador Marco Antônio Nahum e o representante brasileiro da FIPP, o professor Edmundo de Oliveira.

No Brasil, a reforma do Código Penal de 1984 introduziu no ordenamento jurídico as penas restritivas de direito. Posteriormente, foram editadas duas novas leis, inspiradas pelas Regras de Tóquio, quais sejam, a Lei n. 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Criminais e estabeleceu o conceito de crimes de menor potencial ofensivo; e a Lei n. 9.714, de 1998, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, que tratam das penas restritivas de direito e da suspensão condicional da pena privativa de liberdade.

No 9º Congresso da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo em 1995, recomendou-se, mais uma vez, que a pena privativa de liberdade fosse utilizada somente em casos de crimes graves em que os autores demonstrassem intensa periculosidade. Para os outros delitos, de menor potencial ofensivo, recomendou-se a adoção de penas e medidas alternativas.

A orientação no sentido de restringir a aplicação das penas privativas de liberdade já estava contida no Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis, de 1966, e nas Resoluções n. 8 e n. 10, do 6º Congresso da Organização das Nações Unidas para a Prevenção do Crime, realizado em Caracas, no ano de 1980. No Brasil, a Resolução nº 1/83 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou a aplicação daquelas duas Resoluções.

No âmbito das Nações Unidas foram elaborados diversos outros documentos que dizem respeito ao tratamento de reclusos, função da pena e penas privativas de liberdade, entre os quais se destacam os seguintes:

- 1) Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos;
- 2) Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei;
- 3) Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público;
- 4) Tratado Tipo Sobre a Transferência da Vigilância de Delinqüentes Condenados ou Libertados Condicionadamente;
- 5) Garantias para a Proteção dos Direitos das Pessoas Sujeitas à Pena de Morte;
- 6) Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder;

- 7) Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes;
- 8) Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei;
- 9) Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade;
- 10) Princípios Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação de Execuções Extra-Legais, Arbitrárias e Sumárias;
- 11) Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder;
- 12) Segundo Protocolo Adicional Opcional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, visando a Abolição da Pena de Morte;
- 13) Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

Deve-se, por fim, registrar que a Constituição brasileira e a legislação penal pátria atenderam aos princípios humanitários insculpidos nas diversas normas elaboradas pela Organização das Nações Unidas e contidas nos tratados internacionais de direitos humanos; dos quais; o Brasil foi signatário, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

3.2. As normas que disciplinam a pena privativa de liberdade no Brasil

3.2.1. A pena privativa de liberdade nas Constituições brasileiras

No Brasil, desde o descobrimento e durante o período colonial, aplicava-se a legislação portuguesa. Inicialmente, regeram as Ordenações do Reino. No Livro V, tanto das Ordenações Afonsinas quanto das Manuelinas a privação da liberdade era tratada como custódia.

Havia a previsão de prisão por dívida. Nas Ordenações Filipinas, prevalecia a penalidade dos suplícios corporais, como forma de garantir o controle social pelo medo.

Mesmo com a independência formal do Brasil, proclamada por Dom Pedro I em 7.9.1922, as Ordenações foram ratificadas. No entanto, fazia-se necessário estruturar um poder central, a fim de se garantir a unidade nacional e organizar as instituições

nacionais. Nesse contexto, foi elaborada e outorgada a Constituição Política do Império do Brasil de 25.03.1824, a mais duradoura da história, vigente por 65 anos.

A Constituição do Império, inspirada na Constituição francesa de 1791, trouxe em seu artigo 179, um rol de direitos individuais e garantias. Cumpre transcrever o *caput* do dispositivo:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

No que se refere às penalidades, previu expressamente a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente, e de todas as penas cruéis¹³¹.

O texto constitucional também estabeleceu princípios como o da legalidade¹³², da legalidade dos delitos e das penas¹³³, da igualdade¹³⁴, da personalidade da pena¹³⁵ e determinou a organização de um Código Criminal “fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”¹³⁶.

No que diz respeito, especificamente, à privação de liberdade, a Constituição estabeleceu¹³⁷:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem 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.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima.

¹³¹ Art. 179, XIX.

¹³² Artigo 179, inciso I.

¹³³ Artigo 179, inciso XI.

¹³⁴ Artigo 179, inciso XIII.

¹³⁵ Artigo 179, inciso XX.

¹³⁶ Artigo 179, inciso XVIII.

¹³⁷ Artigo 179.

Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Diferentemente das Cartas que se seguiram, a Constituição de 1824 previu exigências quanto aos estabelecimentos penitenciários, *in verbis*:

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

O governo, à época, era monárquico hereditário, constitucional e representativo¹³⁸ e a divisão de poder adotada pelo texto constitucional foi a quadripartita de Benjamin Constant: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O Poder Moderador era exercido pelo Imperador e a ele competia perdoar e moderar as penas impostas a réus condenados e conceder anistia, quando assim aconselhassem a “humanidade e o bem do Estado”¹³⁹.

Em oposição à centralização do poder nas mãos do Imperador, que “reinava, governava e administrava” surgiram as forças descentralizadoras que obtiveram êxito em 1889, com a proclamação da República Federativa pelo Decreto n. 1, de 15.11.1889¹⁴⁰.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 24.2.1891. O sistema de governo passou a ser o presidencialista, nos moldes norte-americanos, com adoção do mecanismo de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu: a divisão entre poderes independentes e harmônicos - Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁴¹.

¹³⁸ Artigo 3º.

¹³⁹ Artigo 101, VIII e IX.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 78.

¹⁴¹ Artigo 15.

O poder central foi enfraquecido e os poderes regionais e locais, ou melhor, as oligarquias latifundiárias, que havia se consolidado durante o período colonial, recuperaram força política. Instalou-se o coronelismo.

Nesse contexto, os dispositivos constitucionais que refletiam os preceitos liberais democráticos importados da carta estadunidense, foram abafados e não tiveram a devida eficácia social.

O artigo 72 do texto constitucional e seus trinta e cinco artigos trouxeram a “Declaração de Direitos”, assim anunciada:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

O texto constitucional, tal qual o antecedente, estabeleceu os princípios da legalidade¹⁴², da igualdade¹⁴³, da legalidade dos delitos e das penas¹⁴⁴, da personalidade da pena¹⁴⁵ e previu regramentos para a prisão provisória¹⁴⁶.

A Constituição confirmou a abolição das galés e declarou o fim do banimento¹⁴⁷ e da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada¹⁴⁸.

Nessa época, a pena privativa de liberdade consistia em: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar aos menores de 21 anos. A concessão de indulto e comutação das penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal competia ao Presidente da República¹⁴⁹.

Importante destacar que a Constituição de 1891 previu expressamente o princípio da plena defesa “com todos os recursos e meios essenciais a ela”¹⁵⁰ e o *habeas corpus* como instrumento de garantia do direito à liberdade¹⁵¹.

O Congresso Nacional detinha competência privativa ao para legislar sobre direito criminal¹⁵².

¹⁴² Artigo 72, § 1º.

¹⁴³ Artigo 72, § 2º.

¹⁴⁴ Artigo 72, § 15.

¹⁴⁵ Artigo 72, § 19.

¹⁴⁶ Artigo 72, §§ 13 e 14.

¹⁴⁷ Artigo 72, § 20.

¹⁴⁸ Artigo 72, § 21.

¹⁴⁹ Artigo 48, § 6º.

¹⁵⁰ Artigo 72, § 16.

¹⁵¹ Artigo 72, § 22.

¹⁵² Artigo 34, § 23.

A Carta de 1891 vigorou durante toda a Primeira República e sofreu alterações pela Emenda Constitucional de 1926.

Com a Revolução de 1930, declarou-se a falência da Primeira República e o conseqüente enfraquecimento das oligarquias cafeeiras, ao passo em que ascendiam os industriais, a classe média e os militares.

O Decreto n. 19.398, de 11.11.1930 inaugurou um período intermediário de autoritarismo e ditadura que perdurou até a promulgação da segunda Constituição republicana.

Em maio de 1933, foi eleita a Assembléia Constituinte, que iniciou os trabalhos em novembro do mesmo ano, sob influência das cartas européias, notadamente a Constituição Alemã de 1920, Constituição de Weimar. Conforme lição de Silva: foi um “documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”¹⁵³.

A missão da Constituinte era elaborar a base legal para o governo populista de Getúlio Vargas. Assim, surgiu no país o constitucionalismo do Estado social, que, além de inspirar a Carta de 1934, fez-se presente nos textos constitucionais de 1946 e 1988, como anota Bonavides:

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo, porém indissolúvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade¹⁵⁴.

Em 16.7.1934, foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que manteve a república, a federação, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo.

A competência da União para legislar, privativamente, sobre Direito Penal estava prevista no artigo 5º, inciso XIX, a, do texto constitucional.

O artigo 113 da Constituição de 1934 trouxe o rol “Dos Direitos e Das Garantias Individuais:

Art 113 - A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos

¹⁵³ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 84.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368.

concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

A Constituição de 34 manteve a proibição das penas de banimento, confisco, de caráter perpétuo e de morte, quanto a esta última, manteve a ressalva para caso de guerra declarada¹⁵⁵. Os princípios da legalidade¹⁵⁶, da igualdade¹⁵⁷, da legalidade dos delitos e das penas¹⁵⁸, da personalidade da pena¹⁵⁹, ampla defesa¹⁶⁰, os regramentos para a prisão provisória¹⁶¹ e o *habeas corpus*¹⁶² também se fizeram presentes na Carta de 34.

A Constituição de 34 previu expressamente o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa¹⁶³. E, pela primeira vez, consagrou o direito à assistência judiciária, nos seguintes termos: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”¹⁶⁴.

No artigo 56, § 3º, o texto constitucional previu que competia privativamente ao Presidente da República perdoar e comutar penas criminais, mediante proposta dos órgãos competentes.

Em 10.11.37, foi outorgada a nova Constituição e inaugurada a ditadura do Estado Novo, com evidente reforço do Poder Executivo. A nova ordem política trouxe de volta ao ordenamento brasileiro a pena de morte, ampliou o rol de crimes políticos e os tipos penais abertos.

O artigo 16, inciso XVI, da Constituição, atribuiu à União competência privativa para legislar sobre Direito Penal.

Os direitos e garantias individuais foram elencados no artigo 122 que estabeleceu um rol reduzido em comparação aos textos anteriores. Importante transcrever o parágrafo 13 do mencionado dispositivo que previu a proibição de penas perpétuas, a irretroatividade da lei penal mais severa e restabeleceu a pena de morte para determinados crimes:

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos

¹⁵⁵ Artigo 113, § 29.

¹⁵⁶ Artigo 113, § 2.

¹⁵⁷ Artigo 113, § 1.

¹⁵⁸ Artigo 113, § 27.

¹⁵⁹ Artigo 113, § 28.

¹⁶⁰ Artigo 113, § 24.

¹⁶¹ Artigo 113, §§ 21 e 22.

¹⁶² Artigo 113, § 23.

¹⁶³ Artigo 113, § 27.

¹⁶⁴ Artigo 113, § 32.

anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade; (...).

O caráter autoritário da Carta de 37 ficou evidenciado pelo dispositivo acima transcrito além de outros, como o parágrafo 15 do mesmo artigo 122 que estabeleceu a possibilidade de censura prévia à imprensa, teatro, cinema e radiodifusão, e previu, inclusive, pena de prisão ao diretor do estabelecimento que desafiasse a censura.

Foi criado um Tribunal Especial para julgar os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular¹⁶⁵.

O texto constitucional estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstos na Constituição eram limitados ao “bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”¹⁶⁶.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciaram-se os movimentos pela redemocratização do país. Em 2.2.1946, instalou-se nova Assembléia Constituinte, responsável pela elaboração da Constituição de 1946, que foi promulgada em 18 de setembro do mesmo ano.

O texto constitucional representou um avanço da democracia. Foram restaurados direitos e liberdades individuais; a proibição das penas de morte, banimento; confisco e prisão perpétua, além da fixação de limites ao poder punitivo do Estado.

O artigo 141 cuidou “Dos Direitos e das Garantias individuais” e entre eles previu que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da

¹⁶⁵ Artigo 122, § 17.

¹⁶⁶ Artigo 123.

autoridade competente, nos casos expressos em lei”¹⁶⁷; “ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei”¹⁶⁸; “a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora”¹⁶⁹.

A Carta também consagrou os princípios da igualdade¹⁷⁰, legalidade¹⁷¹, personalidade da pena¹⁷², contraditório e plena defesa¹⁷³ e previu o *habeas corpus*¹⁷⁴ e o direito à assistência judiciária¹⁷⁵.

O artigo 87, inciso XIX, estabeleceu a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

Esta Constituição teve vigência durante vinte anos, período no qual houve diversas crises políticas e conflitos de poderes, dos quais o mais significativo foi o golpe militar de 1964.

O Comando Militar Revolucionário expediu o primeiro Ato Institucional em 9.4.1964, que manteve a ordem constitucional vigente, mas determinou cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos.

O sistema das penalidades não sofreu alterações, todavia ocorreram inúmeras prisões políticas arbitrárias e disseminou-se a tortura. O Ato Institucional número 4 regulamentou o procedimento para aprovação de novo texto constitucional.

Em 24.1.1967, foi promulgada a nova Constituição do Brasil, que tinha caráter autoritário, com enfoque na segurança nacional, tal qual a Carta de 1937.

O artigo 150 trouxe o rol de direitos e garantias individuais, no qual foram previstos os princípios da igualdade¹⁷⁶, legalidade¹⁷⁷, da ampla defesa e do contraditório¹⁷⁸ e o direito à assistência judiciária¹⁷⁹. Por outro lado, o texto previu a

¹⁶⁷ Artigo 141, § 20.

¹⁶⁸ Artigo 141, § 21.

¹⁶⁹ Artigo 141, § 22.

¹⁷⁰ Artigo 141, §1º.

¹⁷¹ Artigo 141, §2º.

¹⁷² Artigo 141, § 30.

¹⁷³ Artigo 141, § 25.

¹⁷⁴ Artigo 141, § 23.

¹⁷⁵ Artigo 141, § 35.

¹⁷⁶ Artigo 150, §1º.

¹⁷⁷ Artigo 150, §2º.

¹⁷⁸ Artigo 150, §§ 15 e 16.

¹⁷⁹ Artigo 150, § 32.

possibilidade de suspensão dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos indivíduos¹⁸⁰.

O parágrafo 11 dispôs sobre a pena de morte, nos seguintes termos:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

No que diz respeito à pena privativa de liberdade, o texto consagrou o princípio da personalidade da pena e determinou que a lei regulamentasse a individualização¹⁸¹. Além disso, impôs a todas as autoridades “o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário”¹⁸² e atribuiu ao Presidente da República a competência privativa para conceder indultos e comutar penas¹⁸³. O artigo 8º, inciso XVII, b, estabeleceu a competência da União para legislar sobre Direito Penal.

O texto manteve competência da União para legislar sobre Direito Penal e do Presidente para conceder indulto e comutar penas¹⁸⁴. Também estabeleceu a competência da União para legislar sobre normas gerais de regime penitenciário.¹⁸⁵

A Carta autoritária de 1967 durou pouco. Em 13.12.1968 foi expedido o Ato Institucional número 5 que interrompeu a ordem constitucional vigente. O Poder Executivo passou às mãos dos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar que conceberam a Emenda Constitucional n. 01 de 1967, inaugurando uma nova ordem constitucional.

Os direitos e garantias individuais foram previstos no artigo 153 e não houve modificações consideráveis se comparado ao artigo 150 da constituição anterior.

A Emenda Constitucional n. 01, de 1969, estendeu a incidência da pena de morte até os limites determinados por lei ordinária, em caso de “guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva”¹⁸⁶, ao visar punir especialmente infrações políticas contra o regime ditatorial. Entretanto, em 1978, a Emenda

¹⁸⁰ Artigo 151.

¹⁸¹ Artigo 150, § 14.

¹⁸² Artigo 150, § 15.

¹⁸³ Artigo 83, inciso XX.

¹⁸⁴ Artigo 83, XXII.

¹⁸⁵ Artigo 8º, VII, b e c.

¹⁸⁶ Artigo 153, § 11.

Constitucional n. 11 terminou com essa permissão, ressalvando a pena de morte apenas para caso de guerra externa.

3.2.2. A pena privativa de liberdade na Constituição Federal de 1988:

Após o longo período de ditadura militar, durante o processo de redemocratização do país, surgiu a necessidade de elaboração de um texto constitucional que materializasse os valores democráticos aflorados na sociedade, notadamente os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi fruto da luta pela conquista do Estado Democrático de Direito, que teve início desde o golpe militar. Assim, a Carta de 5 de outubro de 1988 incorporou o constitucionalismo do Estado social brasileiro e apresentou forte inspiração na Lei Fundamental alemã de 1949, tanto na forma quanto na substância referentes aos direitos fundamentais.

Além do texto alemão, a Constituição também sofreu influências do Texto português de 1976, principalmente no que diz respeito à organização sistemática, a saber: preâmbulo, princípios fundamentais e direitos fundamentais¹⁸⁷.

O texto constitucional foi elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Enquanto os textos passados iniciavam-se com normas relativas à organização do Estado, a Constituição de 1988 trouxe, nos artigos 1º a 4º, os princípios fundamentais, **ao enfatizar** as garantias do homem e da sociedade.

Importante registrar que a dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de fundamento da República Federativa do Brasil¹⁸⁸. Nos dizeres de Bulos:

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral¹⁸⁹.

No que diz respeito à privação de liberdade, a Constituição previu expressamente princípios que norteiam todo o sistema penal e alguns que se aplicam

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 369, 370.

¹⁸⁸ Artigo 1º, inciso III.

¹⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48.

especificamente às penalidades, tais como: legalidade, pessoalidade, individualização e humanização da pena.

Do texto constitucional também emergiram alguns princípios implícitos: necessidade, proporcionalidade e função ressocializadora da sanção penal. Tais princípios consagrados no texto constitucional devem servir como limites ao poder punitivo do Estado e exigência de segurança jurídica, ao passo em que direcionam a ação do legislador infraconstitucional e do aplicador do direito.

Entretanto, não se pode olvidar de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o primeiro marco limitador do direito de punir do Estado. Como ensinam Schecaira & Corrêa:

Ademais, é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo, pois, em pleno limiar do séc. XX, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis. Também não se transige com a observação deste princípio no momento de elaboração da norma instituidora da sanção penal¹⁹⁰.

Tem-se, pois, que com o advento do texto constitucional de 1988, o réu, o condenado, passa a ser reconhecido como sujeito de direitos e devem ter preservados todos os direitos fundamentais que não sejam atingidos pela privação da liberdade.

No mesmo sentido, o texto estabeleceu que a prevalência dos direitos humanos é princípio pelo qual o Brasil deve-se reger no cenário internacional¹⁹¹.

A Constituição fixou competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal¹⁹², ao passo que estabeleceu competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário¹⁹³.

No capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 estabeleceu diversas limitações ao poder punitivo do Estado, impondo barreiras a formas punitivas contrárias aos valores do Estado Democrático de Direito.

O artigo 5º, no *caput* e no seu inciso I, consagrou o princípio da igualdade – baluarte dos direitos de segunda geração: direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

¹⁹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. Op. cit, pp. 31, 32.

¹⁹¹ Artigo 4º, inciso II.

¹⁹² Artigo 22, inciso I.

¹⁹³ Artigo 24, inciso I.

Ocorre que, desde os idos tempos revolucionários na França, o direito de igualdade não tem merecido a mesma atenção dispensada ao direito de liberdade. Nesse sentido, colaciona-se a preciosa lição de Silva:

É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa¹⁹⁴.

A igualdade pode ser observada sob os aspectos formal e material. A igualdade formal, na clássica concepção de Estado Liberal, pode ser resumida na frase: “todos são iguais perante a lei”. A igualdade material tem acepção mais ampla, uma vez que consiste na igualdade real, igualdade de fato na vida econômica e social.

A previsão do direito de igualdade insculpida na Constituição procura aproximar igualdade formal e igualdade material, na medida em que o texto constitucional traz exigências de justiça social, em normas programáticas que visam nivelar e diminuir as desigualdades reinantes, p. ex., artigo 3º; artigo 7º, incisos XXX e XXXI; artigo 170; artigo 205, dentre outros. O Estado deve buscar que todos efetivamente possam gozar dos mesmos direitos e obrigações.

A Constituição também assegura, expressamente, a igualdade perante a Justiça, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁹⁵. Trata-se aqui, de um exemplo claro de igualdade apenas formal.

Perante a Justiça, evidencia-se a disparidade de tratamento dispensado aos sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem; uma vez que não dispõem de recursos necessários para contratar bons advogados. E tal disparidade chega ao extremo no sistema penal, pois a idéia difundida de que “cadeia é só para pobre” não é mera especulação.

Tem-se aqui, a dissociação do princípio da igualdade – na sua vertente de igualdade perante a Justiça – dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 1º, incisos II e III, da Carta Magna: cidadania e dignidade da pessoa

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 214.

¹⁹⁵ Artigo 5º, inciso XXXV.

humana. A mencionada dissociação é responsável por fazer da igualdade perante a Justiça, igualdade meramente formal.

O princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito penal, o princípio da legalidade tem como corolários o princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal, conforme previsão do inciso XXXIX, do mesmo dispositivo.

Trata-se da constitucionalização do mandamento preconizado por Anselm Von Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Destarte, só podem ser consideradas criminosas as condutas assim descritas na lei penal. Da mesma forma, as penas referentes a cada conduta criminosa devem estar previamente cominadas e determinadas em lei.

É a lei penal que traça os limites entre o comportamento humano delituoso e o comportamento permitido. Nesse sentido, o princípio exerce função garantidora da liberdade individual, já que limita o *jus puniendi* estatal. Como anotam Bonfim e Capez:

O princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais¹⁹⁶.

O princípio da legalidade significa, pois, uma garantia basilar dos direitos humanos, presente nos textos legais desde a Magna Carta de 1215. No Brasil, esteve presente em todos os textos constitucionais¹⁹⁷, ainda que com pequenas alterações de redação, e também é previsto no artigo 1º do Código Penal.

O princípio da reserva legal significa que apenas a lei, em sentido estrito, qual seja, norma geral e abstrata de comportamento emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, obedecendo-se o procedimento adequado, pode definir condutas delituosas. Assim, medida provisória, p. ex., não pode dispor sobre matéria penal, criar crimes e cominar penas.

Todavia, não basta que a lei defina previamente a conduta criminosa a ser punida. É necessário que a descrição legal seja específica, estabeleça todos os elementos

¹⁹⁶ BONFIM, Edilson Mougnot e CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 169.

¹⁹⁷ Constituição do Império de 1824, art. 179, § 11; Constituição republicana de 1891, art. 72, § 15; Constituição de 1934, art. 113, §§ 26 e 27; Carta de 1937, art. 122, § 13; Constituição de 1946, art. 141, § 29; Constituição de 1967, artigo 150, § 16; Constituição de 1969, art. 153, § 16.

do fato delituoso, de forma que o comportamento possa ser objetivamente individualizado.

Não se pode admitir a existência de tipos genéricos, abertos, vagos, sob pena de vilipendiar o princípio da legalidade e causar insegurança jurídica e social. No mesmo sentido, não é admissível a utilização de analogia *in malam partem* como processo integrativo de norma penal incriminadora.

Quanto ao conteúdo material do princípio da reserva legal, tem-se que o legislador só pode criminalizar condutas que efetivamente coloquem em risco a coletividade, ou seja, o Direito Penal não pode se ocupar de bagatelas nem de ações socialmente adequadas e daquelas que não causem lesão a outrem.

Nesse sentido, cumpre transcrever lição de Bianchini:

A concepção constitutiva do bem jurídico pode ser sintetizada na idéia de que o Estado possui o *dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificada existência do indivíduo em sociedade*. O conceito negativo implica a *impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprio do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las*.

A verificação da dignidade do bem jurídico há que ser realizada tomando em consideração os ditames constitucionais. Esta vinculação decorre do caráter limitador da intervenção penal, devendo ser rechaçada a ação legislativa que outorgue proteção a bens que não sejam constitucionalmente direta ou indiretamente amparados, ou que venham a colidir com os fundamentos consagrados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a lavrou. Ao legislador infraconstitucional não é dada a prerrogativa de descumprir ou olvidar o quadro de valores constitucionais¹⁹⁸.

No que diz respeito à anterioridade da lei penal, tem-se que o comportamento dos indivíduos deve ser regido pela lei vigente à data do fato. Deste princípio decorre a irretroatividade da lei penal mais gravosa, também prevista expressamente no texto constitucional¹⁹⁹.

O artigo 5º, inciso XLV, expressa o princípio da personalidade ou princípio da responsabilidade pessoal. Este princípio esteve presente em todas as nossas Constituições, salvo a de 1937, e significa que apenas o autor do delito pode sofrer a pena, sobretudo aquela que atenta contra o direito de liberdade.

¹⁹⁸ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

¹⁹⁹ Artigo 5º, inciso XL.

Apenas a obrigação de reparação do dano e o perdimento de bens, sanções de natureza pecuniária, podem ser estendidas aos sucessores, na exata medida do patrimônio que lhes foi transferido pelo autor do delito.

O rol dos direitos fundamentais do artigo 5º potencializa a tendência de constitucionalização das garantias penais, ao consagrar os princípios da racionalidade e humanidade das penas, proibindo a prática de tortura ou tratamento desumano a qualquer pessoa²⁰⁰, além da pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e penas cruéis²⁰¹; quando exige respeito e proteção ao preso²⁰² e quando prevê normas disciplinadoras da prisão processual²⁰³.

Nosso texto constitucional contemplou, em vários dispositivos, o ideal humanitário preconizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros documentos de direito internacional.

A vedação expressa à pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e outras penalidades cruéis é taxativa e impede que o legislador ordinário trate a matéria de forma diversa. Ademais, cumpre registrar que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, ao estar a salvo de qualquer tentativa de supressão²⁰⁴.

No que concerne à pena capital, a Constituição de 1988, assim como textos anteriores, previu uma exceção, em caso de guerra externa declarada²⁰⁵. Tal exceção à proibição da pena capital é severamente criticada, pois o sofrimento impingido ao condenado, nos momentos que antecedem a execução, é demasiadamente cruel. Ademais, o Direito Penal moderno repele, vigorosamente, a pena de morte.

A execução da pena de morte, na hipótese excepcionada, deve-se dar por fuzilamento, segundo previsão da legislação penal militar. Todavia, o Presidente da República pode utilizar o instituto da indulgência soberana, *clementia Principis*, para evitar a execução da pena.

A proibição à prisão perpétua é louvável, uma vez que o encarceramento definitivo não apresenta utilidade social ou pública, pois retira do indivíduo qualquer

²⁰⁰ Artigo 5º, inciso III.

²⁰¹ Artigo 5º, inciso XLVII.

²⁰² Artigo 5º, incisos XLVII, XLIX e L.

²⁰³ Artigo 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI.

²⁰⁴ Artigo 60, § 4º.

²⁰⁵ Artigo 84, inciso XIX.

esperança e tolhe a perspectiva de reinserção na sociedade. Desta forma, avilta o princípio da humanidade da pena.

Quanto à vedação aos trabalhos forçados, cumpre transcrever lição de Schecaira & Corrêa:

O fundamento de tal proibição é lógico e indiscutível. Não há lugar no Direito para uma legitimação da condição de escravo a que estaria sujeito o condenado, caso fosse submetido a trabalho forçado e gratuito. Portanto, deve se dar a devida importância ao qualificativo “forçados” que vai diferenciar a atividade imposta de forma excessiva, do trabalho laboral inerente ao cumprimento da pena. Destarte, a atividade ocupacional do presidiário deve ser sempre remunerada e incentivada, pois tem finalidade evidentemente educativa e produtiva. Nesse sentido, o art. 39 do CP dispõe: “O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”. Ademais, é idêntica a orientação das legislações italiana (arts. 20 e ss. Lei 354, de 26.7.75) e argentina (art. 66 da Lei Penitenciária Nacional)²⁰⁶.

A proibição do banimento engloba o desterro e o degredo. O constituinte reforçou a vedação a qualquer espécie de pena cruel, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea e²⁰⁷.

A previsão e aplicação das penas deve sempre ser norteadas pelos dispositivos constitucionais, principalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, estão vedados quaisquer tratamentos degradantes, de ordem física ou moral.

A tortura além de ser expressamente proibida pela Carta Magna é considerada crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia²⁰⁸. O Decreto n. 98.398, de 9.11.89, promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 definiu o crime de tortura²⁰⁹.

²⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. Op. cit., p. 88.

²⁰⁷ XLVII - não haverá penas: (...)
e) cruéis; (...).

²⁰⁸ Artigo 5º, inciso XLIII.

²⁰⁹ Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

No que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, o texto estabeleceu que a “pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”²¹⁰. Tal matéria é esmiuçada na Lei de Execução Penal e será oportunamente abordada.

Às mulheres presas é assegurado, constitucionalmente, o direito de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação²¹¹. Este direito foi recentemente regulamentado pela Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009, que propiciou nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos as condições mínimas de assistência.

A individualização da pena está expressa no artigo 5º, inciso XLVI e é decorrente do princípio da personalidade da pena. A sanção deve ajustar-se ao condenado, consideradas suas características e as condições da prática delituosa. Assim, individualização da pena alcança sua imposição e seu cumprimento, que deverão ser norteados pela culpabilidade e pelo mérito do apenado.

No mesmo inciso, a Constituição estabelece um elenco meramente exemplificativo das penalidades: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal e a Lei de Execução Penal disciplinam as modalidades de penas, a aplicação e a execução daquelas, em conformidade com os princípios constitucionais ora estudados, que regem a matéria.

A Carta Magna também consagrou diversos princípios de ordem processual penal, entre os quais merecem destaque: o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da publicidade dos atos processuais, entre outros.

Ademais, acolhendo tendência mundial de universalização das regras de direitos humanos, a Constituição de 1988 inovou ao introduzir os parágrafos 1º e 2º ao artigo 5º, garantindo a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais e estabelecendo que os direitos e garantias previstos na Lei Maior “não excluem outros

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

²¹⁰ Artigo 5º, inciso XLVIII.

²¹¹ Artigo. 5º, inciso L.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²¹².

A redação do mencionado parágrafo 2º foi inspirada no artigo 16º, inciso I, da Constituição da República Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos e garantias expressamente previstos no texto constitucional “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

O constitucionalista português Jorge Miranda, ao comentar o dispositivo acima mencionado, ensina que os direitos fundamentais “não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”²¹³.

No Brasil, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º para prever, expressamente, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Destarte, os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais, por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º. Por outro lado, integrarão formalmente a Constituição, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, em consonância com o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo.

Por fim, a Lei Maior previu remédios constitucionais a serem manejados para garantir o pleno exercício dos direitos estabelecidos na Constituição: direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.

Nesse sentido, importante ressaltar que a Constituição determinou que o Estado “prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”²¹⁴. O texto pretendeu garantir o acesso à Justiça aos hipossuficientes.

Todavia, é cediço que a assistência jurídica gratuita não tem funcionado a contento, mormente no que diz respeito ao processo penal, seja pela inexistência de defensorias públicas, seja pela falta de estrutura de trabalho dos defensores. Não

²¹² Artigo 5º, § 2º.

²¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4, p. 152.

²¹⁴ Artigo 5º, inciso LXXIV.

obstante isso, a defensoria tem 80% (oitenta por cento) do seu efetivo atuando na *área cível* conforme 2º Diagnóstico da Defensoria elaborado pelo Ministério da Justiça, o que demonstra que a instituição tem se distanciado de sua origem histórica, que é a defesa criminal.²¹⁵

Fato é que o acesso à Justiça e, por fim, o exercício das garantias penais constitucionalizadas, é diferenciado entre aqueles que são econômica e socialmente desiguais. E, neste ponto, há que se fazer referência ao que foi dito anteriormente quando se tratou do princípio da igualdade: a criminalização da pobreza torna-se cada vez mais evidente.

Não obstante a previsão contida no artigo 5º, inciso LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário; assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, são recorrentes as notícias de cidadãos que ficaram encarcerados por tempo superior ao definido na sentença condenatória, e tal ocorre, principalmente, por falta de assistência jurídica.

Tem-se, pois, que não apenas o direito à assistência jurídica integral, mas vários outros previstos na Carta Magna, notadamente aqueles que interessam a esse trabalho e são diretamente ligados aos presos, são constantemente vilipendiados.

As garantias penais tratadas neste tópico foram constitucionalizadas, no intuito, certamente, de que recebessem maior atenção, seja do legislador ordinário, seja do Poder Executivo, seja dos operadores do direito, todavia, passados mais de vinte anos da entrada em vigor da Constituição, elas ainda demandam atenção e clamam por efetividade.

O Estado social preconizado pela Carta Magna deve ser um Estado produtor de igualdade fática, nestes termos, está obrigado a prestações positivas indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais, entre os quais se encontram as mencionadas garantias penais. Como ensina Bonavides:

Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada²¹⁶.

²¹⁵ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 05 jan. 2010, 16:20:32.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 384.

Assim, verifica-se a constante tensão existente entre a norma e a realidade. Daí surge o desafio, reinante desde a Primeira República, que consiste em concretizar o texto constitucional a fim de se lograr alcançar estabilidade social.

3.2.3. A pena privativa de liberdade na legislação penal

Inicialmente, as idéias de Direito Penal surgidas no Brasil foram advindas da organização social indígena, ligadas ao direito costumeiro e crenças tribais, intimamente relacionados à vingança e ao talião.

Durante a colonização, o país foi regido pelas Ordenações: Afonsinas, Manuelinas, pelo Código de D. Sebastião e pelas Ordenações Filipinas²¹⁷. Nesse período, o conceito de crime confundia-se com o de pecado e desvio moral – puniam-se os hereges, apóstatas e feiticeiros.

A aplicação das penalidades era deveras rigorosa e revestida de cerimônia e crueldade, no intuito de incutir o medo. As principais penalidades eram aquelas que atingiam, de forma direta e cruel, o corpo do delinqüente, tal qual a pena de morte e os suplícios, além de penas infamantes, o confisco, o degredo e as galés.

A codificação da legislação penal disseminou-se por toda Europa e América no século XIX. O Código de Napoleão (1810) serviu de modelo para outras legislações, trouxe penas severas e restabeleceu o ergástulo, apesar de ter sido recepcionado pela revolução.

O texto concentra seus esforços na proteção ao Estado e ao Imperador²¹⁸. Por outro lado, o Código da Baviera (1813), redigido por Johann Paul Anselm Ritter Von Feuerbach, tinha viés liberal e era centrado no homem e na proteção dos bens jurídicos.

No Brasil, após a Independência, a Constituição de 1824 determinou a elaboração de nova legislação penal. Assim, em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império.

Toda a legislação da época foi influenciada pelas idéias liberais propagadas na França e nos Estados Unidos. Os ideais iluministas e os princípios previamente materializados no recente texto constitucional, serviram de alicerce ao Código Criminal brasileiro.

²¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 13. ed.. São Paulo: Atlas, 1998, p. 40.

²¹⁸ BONFIM, Edilson Mougnot e CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 54.

Em maio de 1827, os deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram à Câmara dois projetos distintos de Código Criminal. Em 1828, foi criada uma comissão bicameral para estudar e avaliar os projetos e o parecer final foi ofertado em 31 de agosto de 1829²¹⁹.

A redação definitiva, com texto marcado pelo pensamento contratualista, foi apresentada em 19 de outubro de 1830 e sancionada em 16 de dezembro do mesmo ano.

O Código Criminal brasileiro serviu de modelo ao código espanhol de 1848 (reformado em 1850 e 1870) e influenciou a legislação do restante da América Latina. A primeira parte do Código tratava dos crimes e das penas. O Título I dispôs sobre os crimes, os criminosos, causas justificativas, atenuantes e agravantes e a satisfação do dano causado pelo delito.

O Título II tratou especificamente das penalidades: pena de morte²²⁰; galés²²¹; prisão com trabalhos forçados²²²; prisão simples²²³; banimento²²⁴; degredo²²⁵; desterro²²⁶; multa²²⁷; suspensão do emprego²²⁸; perda do emprego²²⁹ e açoite – esta última destinada apenas ao réu escravo²³⁰.

A prisão custódia não era considerada pena, nos termos do artigo 37: “Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga (...).” Havia duas espécies de prisão: a prisão com trabalhos forçados e a prisão simples.

O Código trouxe previsões acerca dos estabelecimentos prisionais:

Art. 48. Estas penas de prisão serão cumpridas nas prisões publicas, que offerecerem maior commodidade, e segurança, e na maior proximidade, que fôr possível, dos lugares dos delictos, devendo ser designadas pelos Juizes na sentença.

Quando porém fôr de prisão simples, que não exceda a seis mezes, cumprir-se-ha qualquer prisão, que haja no lugar da residencia do réo, ou em, algum outra proximo, devendo fazer-se na sentença, a mesma designação.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 216.

²²⁰ Artigos 38 a 43.

²²¹ Artigos 44 e 45.

²²² Artigos 46.

²²³ Artigo 47.

²²⁴ Artigo 50.

²²⁵ Artigo 51.

²²⁶ Artigo 52.

²²⁷ Artigo 55.

²²⁸ Artigo 58.

²²⁹ Artigo 59.

²³⁰ Artigo 60.

Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos, necesarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pelas de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impor-lhe”.

A pena de multa, cuja forma de aplicação consistiu em importante inovação acerca da matéria, era estabelecida de acordo com o sistema do dia-multa e quando não cumprida, era convertida em prisão.

Os condenados às penas de galés, prisão com trabalho, prisão simples, degredo e desterro perdiam os direitos políticos enquanto durassem os efeitos da condenação²³¹. Importante registrar que as penas eram imprescritíveis²³².

Apesar de haver representado inegável avanço da legislação pátria, principalmente pela desvinculação com o sistema penal medieval, o Código de 1830, conservou resíduos da sociedade repressora e escravocrata. No entanto, foi criticado à época por ser liberal e, assim, contribuir para o crescimento da criminalidade.

Após a Proclamação da República, mostrou-se necessária a reformulação da legislação penal com vistas a adaptá-la às exigências da nova aristocracia burguesa. O novo projeto de código foi elaborado pelo Conselheiro Batista Pereira e submetido a exame por uma comissão nomeada pelo Ministro da Justiça e por este presidida.

Finalizados os trabalhos, o novo código integrou o ordenamento jurídico por determinação do Dec. 847, de 11 de outubro de 1890. O **Código Penal** republicano de 1890 sofreu forte influência do **Código Penal** italiano de 1888, conhecido como Código Zanardelli e do Código Holandês de 1881.

Apesar de haver sido criticado e tachado de arcaico, o diploma apresentou-se altamente racional, em conformidade com as idéias da Escola Clássica²³³. Por certo, tal conformidade se contrapôs aos ideais positivistas que flamejavam com a República; o que ocasionou as mencionadas críticas dirigidas ao texto legal. Assim, o código terminou por sofrer a interferência de inúmeras modificações através de leis esparsas.

O Código de 1890 foi dividido em quatro livros: Livro I – Dos crimes e das penas; Livro II – Dos crimes em espécie; Livro III – Das contravenções em espécie e Livro IV – Disposições gerais.

²³¹ Artigo 53.

²³² Artigo 65.

²³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 219.

No Livro I, que mais interessa a este trabalho, tratou-se da aplicação e efeitos da lei penal, dos crimes e dos criminosos, da responsabilidade criminal e causas justificativas, das agravantes e atenuantes, das penas e seus efeitos, da extinção e da suspensão da ação penal e da condenação.

As penalidades foram previstas no artigo 43: prisão celular²³⁴; banimento²³⁵; reclusão²³⁶; prisão com trabalho obrigatório²³⁷; prisão disciplinar²³⁸; interdição²³⁹; perda²⁴⁰ ou suspensão²⁴¹ do emprego público - com ou sem inabilitação para exercer outro; e multa²⁴². O artigo seguinte²⁴³ estabeleceu a proibição de penas infamantes e determinou que as penas restritivas da liberdade individual eram temporárias e não poderiam exceder 30 anos.

A prisão celular era cumprida em estabelecimento especial, em regime de isolamento e com trabalho obrigatório, obedecendo-se às seguintes regras:

a) si não exceder de um anno, com isolamento cellullar pela quinta parte de sua duração;

b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

Interessante notar que o Código trouxe a delineação inicial de um sistema progressivo, nas regras acima transcritas e no artigo 50, que também merece transcrição:

Art. 50. O condemnado a prisão cellullar 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.

²³⁴ Artigo 45.

²³⁵ Artigo 46.

²³⁶ Artigo 47.

²³⁷ Artigo 48.

²³⁸ Artigo 49.

²³⁹ Artigo 55.

²⁴⁰ Artigo 56.

²⁴¹ Artigo 57.

²⁴² Artigo 58.

²⁴³ Artigo 44.

§ 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos.

A pena de multa poderia ser convertida em prisão celular, caso fosse descumprida. A reclusão era cumprida em fortaleza, praças de guerra ou estabelecimentos militares e a prisão com trabalho obrigatório em penitenciárias agrícolas ou em presídios militares. A prisão disciplinar era destinada apenas aos menores até 21 anos de idade e deveria ser cumprida em estabelecimentos industriais.

Além do esboço de progressividade no cumprimento da pena, o diploma também previu a possibilidade de livramento condicional,²⁴⁴ a detração penal²⁴⁵ e estabeleceu o direito ao trabalho de acordo com as aptidões do apenado²⁴⁶. No artigo 62 estabeleceu critérios para fixação das penas.

Sobre a legislação penal brasileira do século XIX, Zaffaroni & Pierangeli ensinam que:

O panorama geral da legislação penal do século XIX reflete momentos políticos sumamente demonstrativos e inaugura o claro paralelismo que se estabelece entre a política criminal e a política em geral, que caracteriza a história legislativa penal do Brasil até o presente momento. O século inicia-se com uma legislação de cunho liberal pragmático que corresponde a um despotismo ilustrado e culmina com uma orientação liberal clássica, que foi atacada pelo positivismo. Apresenta um panorama legislativo tão claro que pode-se afirmar que constitui um verdadeiro paraíso para qualquer estudioso da ideologia penal²⁴⁷.

Em 14 de dezembro de 1932, a Consolidação das Leis Penais foi aprovada pelo Decreto n. 22.213. O diploma não significava um novo Código, tratava-se, apenas, de composição do Código de 1890 com a legislação esparsa que o modificou. Contudo, serviu como documento de transição entre o Código Republicano e a reforma penal capitaneada pelo Estado Novo.

²⁴⁴ Artigos 51 e 52.

²⁴⁵ Artigo 60.

²⁴⁶ Artigo 53.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 220.

3.2.4. A pena privativa de liberdade no Código Penal de 1940

Os trabalhos visando uma substituição do código de 1890 tomaram corpo em 1910. Em 1913, Galdino Siqueira apresentou um projeto de novo código, todavia, este não chegou a ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo.

Posteriormente, o desembargador Virgílio de Sá Pereira elaborou outro projeto que foi publicado em 1928 e submetido a uma comissão formada pelo autor, Evaristo de Moraes e Mário de Bulhões Pereira. A versão final do projeto foi apresentada à Câmara e aprovada, mas o trâmite foi interrompido pelo golpe de 1937.

Novo projeto foi elaborado por Alcântara Machado e submetido a uma comissão revisora, comandada pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos e composta por Nélson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, com a colaboração de Costa e Silva. O texto definitivo consubstanciado no Decreto-lei n. 2.848 foi sancionado em 7 de dezembro de 1940 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942²⁴⁸.

O código suíço sancionado em 1937, com vigência postergada para 1942, e o código italiano de 1930 (o chamado Código Rocco) exerceram significativa influência sobre o novo diploma legal; que conseguiu reunir postulados da Escola Clássica e da Escola Positiva.

O Código Penal de 1940 apresentou caráter repressivo, em consonância com a Carta de 1937, vigente à época. O sistema de medidas de segurança, conhecido como duplo binário, era calcado na idéia positivista de periculosidade e postergava indefinidamente a aplicação da pena, de modo a “neutralizar os indesejáveis”.

Segundo anota Mirabete (1998), os princípios básicos do novo Código eram: “a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva”²⁴⁹.

O Título V tratou das penas e previu como penas principais: a reclusão, a detenção e a multa. As penas privativas de liberdade eram cumpridas em penitenciária, ou, à falta desta, em seção especial de prisão comum. O apenado, tanto na reclusão

²⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 221.

²⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini (1998). Op. cit., p. 41.

quanto na detenção, ficava sujeito a trabalho remunerado e isolamento durante o repouso noturno²⁵⁰.

Todavia, os condenados à pena de detenção deveriam ficar separados daqueles condenados à reclusão, e as mulheres eram recolhidas em estabelecimento distinto. A progressividade no cumprimento da pena de reclusão era assim regulamentada:

Art. 30. No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses.

§ 1º O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou, em obras ou serviços públicos, fora dele.

§ 2º O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar:

I - se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos;

II - se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos.

§ 3º A pena de reclusão não admite suspensão condicional; salvo quando o condenado é menor de vinte e um anos ou maior de setenta, e a condenação não é por tempo superior a dois anos”.

Na pena de detenção, o condenado poderia escolher o trabalho, sempre de cunho educativo, a ser desempenhado, de acordo com suas aptidões²⁵¹.

O Código remetia aos regulamentos dos estabelecimentos prisionais as normas sobre “favores gradativos”, restrições e castigos disciplinares, ressalvando que as previsões deveriam respeitar a dignidade humana²⁵².

Em caso de superveniência de doença mental, o condenado deveria ser transferido manicômio judiciário ou estabelecimento adequado²⁵³ (art. 33).

O Código estabeleceu critérios para a fixação das penas²⁵⁴ e o limite máximo de trinta anos para a pena privativa de liberdade e cem contos de réis para a pena de multa²⁵⁵. Além disso, regulamentou o instituto da suspensão condicional da pena²⁵⁶ e o livramento condicional²⁵⁷.

²⁵⁰ Artigo 29.

²⁵¹ Artigo 31.

²⁵² Artigo 32.

²⁵³ Artigo 33.

²⁵⁴ Artigo 42.

²⁵⁵ Artigo 55.

²⁵⁶ Artigos 57 a 59.

²⁵⁷ Artigos 60 a 66.

Como penas acessórias, o Código previu²⁵⁸: perda de função pública, eletiva ou de nomeação, interdições de direitos e a publicação da sentença. A prescrição penal foi regulamentada nos artigos 109 a 117. Todavia, as penas acessórias eram imprescritíveis²⁵⁹.

A aplicação das medidas de segurança era fundada na noção de positivista de periculosidade e podia ocorrer cumulativamente com a aplicação de pena privativa de liberdade (sistema do duplo binário).

Neste caso, executava-se primeiro a privação da liberdade, após, a medida de segurança²⁶⁰. As espécies de medidas de segurança, previstas na redação original do Código de 1940, eram: 1) detentivas: internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento ou internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; 2) não detentivas: liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares e exílio local²⁶¹.

O caráter repressivo do Código de 1940, fomentado pela crença de que a privação da liberdade era a solução para o controle do crime, resultou no aumento da população de encarcerados, consideravelmente incrementado pelo sistema do duplo binário²⁶². Por outro lado, a realidade sócio-econômica não permitiu que se providenciasse estrutura digna para recepcionar os “indesejáveis”.

O resultado desta fórmula é retratado por Toledo:

Assim, não se tendo construído, no Brasil, em número suficiente, os estabelecimentos penais necessários (penitenciárias, colônias, casas de custódia e tratamento, institutos de trabalho, reeducação e ensino, cadeias públicas etc.), restou do Código de 1940 apenas o seu lado repressivo, como instrumento de rotulagem e marginalização de grande massa de indivíduos, condenados a penas quase sempre não executadas, mas suficientemente poderosas para colocá-los, como foragidos, na clandestinidade onde sobreviver significa, em regra, praticar novos delitos ou, no mínimo, passar ao rol dos malditos e explorados que, para não serem presos, têm que submeter-se a toda ordem de achaques e humilhações. Ao lado disso, no interior dos presídios, a superpopulação e a falta de condições mínimas a um tratamento penal adequado

²⁵⁸ Artigo 67.

²⁵⁹ Artigo 118, parágrafo único.

²⁶⁰ Artigo 75 a 87.

²⁶¹ Artigo 88.

²⁶² Francisco de Assis Toledo, em sua obra *Princípios Básicos de Direito Penal* (São Paulo: Saraiva, 2000, p. 74) apresenta levantamento feito nos estabelecimentos penais do Estado de São Paulo, em 25 de agosto de 1981, no qual se constatou que dos 240 condenados imputáveis que cumpriam medida de segurança, em razão do sistema do duplo binário, somente 7 – aproximadamente 3% - tinham sido declarados portadores de periculosidade real; os 233 restantes – aproximadamente 97% - sofreram imposição de medida de segurança por periculosidade presumida.

transformavam o período de execução da pena em verdadeiro estágio para incremento das tendências delinquentiais. O sursis transformou-se em 'impunidade'; o livramento condicional, em mero encurtamento de pena.

É assim que a própria lei penal, de meio de controle do crime, transmuda-se em fator criminógeno²⁶³.

Nesse contexto, tentou-se substituir o Código pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, sancionado pelo governo militar. Entretanto, o diploma recebeu severas críticas e acabou alterado pela Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1978. Ocorre que o novo texto foi revogado, antes mesmo de entrar em vigor, pela Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Contudo, algumas modificações foram introduzidas no Código Penal de 1940 pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, sobretudo no título relativo às penas, com intuito de amenizar o problema carcerário.

Importante destacar que a edição da referida Lei foi influenciada pela Moção de Goiânia I, fruto de um conclave realizado na Cidade de Goiânia em 1973, em que diversos penalistas reunidos durante dois dias de trabalho, discutiram o Código Penal de 1969, então em expectativa de vigência, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, e o Código Penal de 1940²⁶⁴. Ao final do evento, foi editada a Moção composta de sete itens que sintetizavam o consenso alcançado entre os participantes, destaca-se aqui o item 4:

O quadro histórico atual do Direito Penal e da Criminologia torna imprescindível a substituição do sistema vigente de penas, para permitir que o condenado, através de normas de conduta, a serem fixadas, se adapte aos valores sociais, participando ativamente do processo de sua recuperação.

Assim, com a entrada em vigor da Lei n. 6.416/77, o esboço de sistema progressivo, anunciado na redação original do Código²⁶⁵, foi desenvolvido de modo a abranger além dos condenados a reclusão, aqueles condenados à detenção. Instituíram-se os regimes fechado, semi-aberto e aberto e previu-se o trabalho externo compatível com as três espécies de regime prisional.

Além disso, estabeleceu-se a remuneração ao trabalho do preso, a autorização para freqüência a cursos profissionalizantes e de instrução de segundo grau ou superior,

²⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²⁶⁴ BARBOSA, Licínio. *Direito Penal*. Goiânia: Século XXI, 2002, p.p. 40, 41.

²⁶⁵ Artigo 30.

licença para visitar a família, ir à igreja e participar de atividades que concorressem para sua reintegração à sociedade.

No que diz respeito à reincidência, limitou-se no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado: “para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”²⁶⁶. A agravação da pena pela reincidência específica foi revogada.

O benefício da suspensão condicional do processo foi ampliado, de forma a abrigar os condenados a pena de reclusão não superior a dois anos, independentemente da idade. O livramento condicional que só era concedido aos condenados a pena superior a três anos, passou a ser concedido aos condenados a pena superior a dois anos.

A nova redação dos artigos 77 e 78; possibilitou fixar os limites ao conceito de periculosidade.

Estabeleceu-se mais uma hipótese de extinção da punibilidade, consistente no casamento da ofendida com terceiro, no caso de crimes contra os costumes; salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se a ofendida não requeresse o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração²⁶⁷.

Por fim, foi instituído o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa.

Apesar de as modificações paliativas trazidas pela Lei n. 6.416/77 terem produzido algum efeito, persistiu a necessidade de uma reforma penal mais expressiva.

Destarte, em novembro de 1980, foi formada uma comissão para elaborar a reforma da parte geral do Código Penal, formada por Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio da Fonseca. Na mesma época, foi elaborado o anteprojeto de Código de Processo Penal e o anteprojeto da Lei de Execução Penal.

A reforma foi comandada pelo Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, que conhecia de perto o problema carcerário, uma vez que havia sido relator, na Câmara dos Deputados de uma Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário, em 1976²⁶⁸.

²⁶⁶ Artigo 46.

²⁶⁷ Artigo 108.

²⁶⁸ BARBOSA, Licínio. Op. cit., p. 27.

Os três anteprojetos (Código Penal – parte geral, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal) foram finalizados em 1982 e encaminhados à Presidência da República, após terem sido amplamente divulgados e debatidos em simpósios e congressos.

O anteprojeto da parte geral do Código Penal converteu-se na Lei n. 7.209 e o anteprojeto da Lei de Execução Penal na Lei n. 7.210, ambas de 11 de julho de 1984, com entrada em vigor em 13 de janeiro de 1985. Os referidos diplomas legais iniciam uma nova fase na política criminal brasileira, de índole liberal e em maior conformidade com os direitos humanos.

A nova parte geral do Código Penal apoiou-se no princípio da culpabilidade, reformulou o elenco das penalidades, extinguiu a divisão entre penas principais e penas acessórias; criou as penas alternativas para crimes de menor gravidade, excluiu o sistema do duplo binário e a periculosidade presumida, diversificou o tratamento dos partícipes, admitiu a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, abandonou a responsabilidade objetiva e retomou o sistema de dias-multa para fixação da pena de multa. Também, foram reformulados os institutos do crime continuado e do livramento condicional e alteradas as regras sobre unificação de penas.

A nova parte geral desenvolveu o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, cujos passos iniciais estavam previstos na redação original do Código de 1940, aperfeiçoada pela Lei n. 6.416/77.

Nos termos do item 37 da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84 “sob essa ótica, a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade”.

A nova política criminal emanada da Lei n. 7.209/84 foi inspirada no pensamento de Von Litsz, segundo o qual, pena justa é pena necessária. Nesse sentido, a pena privativa de liberdade – por sua evidente gravidade – deve ser restrita aos casos em que demonstra ser absolutamente imprescindível, já que se mostrou inegável a ação criminógena do cárcere.

Assim, fazia-se necessária a previsão de outras espécies de penalidades que não implicassem em encarceramento. Nesse contexto, a nova parte geral adotou as seguintes penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

O artigo 44 elencou os requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, quais sejam: “I - aplicada pena privativa de

liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Verifica-se que, por se tratar de inovação no sistema das penalidades, a introdução das penas restritivas de direito no ordenamento pátrio foi bastante tímida, já que o dispositivo acima mencionado limitava o campo de atuação do benefício aos casos em que a pena privativa de liberdade cominada fosse inferior a um ano, ou a crimes culposos.

Importante registrar que, para impor maior coercibilidade às penas restritivas de direito, foi prevista a possibilidade de conversão destas em pena privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, em caso de descumprimento ou superveniência de nova condenação a pena privativa de liberdade – que não tenha sido suspensa²⁶⁹.

Segundo consta da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84, o projeto situou as penas alternativas na faixa até então reservada para a suspensão condicional da pena, ampliando-a apenas para abranger os crimes culposos.

Como já havia sido previsto, na própria Exposição de Motivos, com o passar do tempo, o sistema das penas restritivas de direito sofreu alterações, com vistas a ampliar o campo de atuação.

Durante o 6º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente, realizado na Cidade de Caracas, Venezuela, em 1980, houve consenso acerca da necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, e o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente ficou incumbido de estudar a questão.

A proposta elaborada pelo Instituto foi apresentada no 8º Congresso das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990 e ficou conhecida como Regras de Tóquio ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.

As Regras de Tóquio influenciaram a produção legislativa brasileira; o que resultou na elaboração da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei 9.099/95, que previu medidas penais alternativas, como a transação penal e a suspensão condicional do processo; e a Lei n. 9.714/98 que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 da Parte Geral do Código Penal.

²⁶⁹ Artigo 45.

A Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, criou outras quatro espécies de penas alternativas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação pecuniária inominada. Segundo anotam Bonfim e Capez, os objetivos da nova lei foram:

Dar cumprimento ao disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que prevê a pena de prestação social alternativa, e atingir as seguintes metas:

- a) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário;
- b) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente;
- c) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detém o maior índice de reincidência;
- d) preservar os interesses da vítima²⁷⁰.

O artigo 44, *caput*, do Código Penal, passou a ter a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Verifica-se, pois, que foi considerável a ampliação das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direitos. Cumpre registrar que foi mantida a previsão de conversão das penas alternativas em prisão²⁷¹.

É inegável o avanço que a aplicação das penas não privativas de liberdade representou para a política criminal brasileira. O desencarceramento atende melhor aos propósitos de reinserção social do criminoso e humanidade da pena, ademais, evita o contato criminógeno que existe nas instituições totais.

Contudo, faz-se mister ponderar que a aplicação das penas alternativas também demanda estruturas adequadas e suficientes para o acompanhamento, a fiscalização e o monitoramento da execução – o que ainda não tem sido providenciado a contento.

²⁷⁰ BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 661.

²⁷¹ Artigo 44, §§ 4º e 5

Tome-se como exemplo o fato de que a primeira vara judicial especializada na execução de penas alternativas só foi instalada em 1998, em Fortaleza/CE. A partir daí, outras iniciativas se seguiram, entretanto, o número de varas especializadas, dotadas de estrutura necessária, ainda é insuficiente.

Não obstante as dificuldades encontradas, nos últimos anos observam-se esforços no sentido de disseminar a aplicação das penas e medidas alternativas e dotar o Poder Judiciário de estrutura suficiente para fiscalizar sua execução²⁷², de modo a imprimir efetividade aos preceitos legais.

Em 2000, o Ministério da Justiça, seguindo diretriz fixada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) criou o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas, executado atualmente pela Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (antiga CENAPA), tendo por objetivo difundir a aplicação das alternativas penais²⁷³ no país e dotar o Poder Judiciário e o Ministério Público de instrumentos indispensáveis à execução e acompanhamento daquelas medidas, utilizando, para tanto, de verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

No ano de 2002, foi criada a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), também no âmbito do Ministério da Justiça, formada por membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, além de corpo técnico capacitado na área de execução penal. No mesmo ano, a Comissão publicou o Manual de Monitoramento de Penas e Medidas Alternativas.

Desde então, o governo federal tem buscado fomentar a aplicação das penas e medidas alternativas, colaborando com os Estados na implantação de Varas Especializadas, Núcleos e Centrais de Acompanhamento, promovendo cursos de capacitação, congressos e seminários.

O Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, lançado em 20 de agosto de 2007, prevê ações voltadas para a ampliação da aplicação das alternativas penais.

Nesse propósito, em 11 de dezembro de 2007, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n. 05. Por oportuno, transcreve-se o:

Art. 1º. Recomendar ao Departamento Penitenciário Nacional que, no dispêndio de recursos e meios para financiamento e apoio de ações, atividades e projetos orientados ao

²⁷² Artigo 66, inciso V, *a* da Lei de Execução Penal.

²⁷³ O conceito de alternativas penais abrange, além das penas restritivas de direito, conhecidas por penas alternativas, as medidas penais alternativas (transação, suspensão do processo etc.)

aperfeiçoamento da Execução Penal no país, considere como uma de suas prioridades o fomento à criação de Varas, Centrais e Núcleos de Execução de Penas e Medidas Alternativas e programas conexos, de maneira a garantir que cumpram os objetivos de prevenção geral e prevenção especial indicados pela Lei, e que sirvam como espaço de efetiva reintegração social dos (as) apenados (as), contribuindo, com suporte técnico, político e financeiro às Unidades da Federação, para a implantação, ampliação e melhoria dos seus órgãos de execução de penas e medidas alternativas, destinando, para tanto, em seu orçamento anual, verba não inferior ao custo total previsto para a construção de uma unidade prisional federal.

O Conselho Nacional de Justiça, em de 15 de dezembro de 2009, editou a Resolução nº 101, definindo a política institucional do Poder Judiciário na execução das penas e medidas alternativas à prisão.

Destarte, ainda que não se tenha alcançado a estrutura de funcionamento ideal, fato é que as penas e medidas alternativas à prisão têm sido amplamente utilizadas, de modo que as estatísticas do Ministério da Justiça²⁷⁴ indicam que no período de janeiro de 2007 a julho de 2008, o número de cumpridores de penas alternativas (498.729), ultrapassou o número de presos (439.737). Fato que, por si só, já é digno de louvor.

Voltando à reforma da Parte Geral do Código Penal instituída pela Lei n. 7.209/84, há que se fazer considerações acerca das modificações trazidas ao instituto da suspensão condicional da pena; outra alternativa, que ao encarceramento.

O Projeto, adotando a orientação da Súmula 499 do Supremo Tribunal Federal, previu expressamente que a condenação anterior à pena de multa não obsta a concessão do benefício da suspensão condicional.

O limite máximo do período de prova foi reduzido de seis para quatro anos e estabeleceram-se condições mais eficazes²⁷⁵, tais quais: prestação de serviços à comunidade, proibição de frequentar determinados lugares e de se ausentar da comarca sem autorização judicial, obrigatoriedade de comparecimento pessoal em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além destas condições, possibilitou-se ao juiz especificar outras, desde que “adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”²⁷⁶. O estabelecimento de tais

²⁷⁴Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8F939E3DITEMID1252A3A4A59E44448925C8872CF1946BPTBRIE.htm>> Acesso em 16 dez. 2009, 14:20:10.

²⁷⁵ Artigo 78.

²⁷⁶ Artigo 79.

condições transformou a suspensão condicional em solução mais severa que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Assim, passou a ser aplicada apenas quando não for “indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.²⁷⁷ A Lei também estabeleceu as causas de revogação obrigatória e facultativa da suspensão e regulamentou a prorrogação do período de prova²⁷⁸.

Outro ponto de grande importância da Reforma da Parte Geral consiste nas alterações realizadas no sistema das medidas de segurança. Com a retomada do princípio da culpabilidade, o sistema do duplo binário foi abandonado, extinguindo-se a possibilidade de aplicação de medida de segurança aos imputáveis, bem como a periculosidade presumida.

Adotou-se o sistema vicariante, de modo que para os imputáveis aplica-se pena, aos inimputáveis – medida de segurança e aos semi-imputáveis – pena ou medida de segurança, observado o disposto no artigo 98.

Contudo, permaneceu inalterada a duração indeterminada da medida, que perdurará enquanto não cessada a periculosidade, fixando-se apenas o prazo mínimo de um a três anos²⁷⁹.

Foram adotadas duas espécies de medida de segurança: detentiva – consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; e restritiva – equivalente a tratamento ambulatorial²⁸⁰. A previsão da medida de segurança restritiva acolheu a tendência de “desinstitucionalização”.

No que concerne ao objeto principal deste trabalho, qual seja, a pena privativa de liberdade, eis a seguir as principais alterações promovidas pela Lei n. 7.209/84, que ainda permanecem em vigor.

As espécies de pena privativa de liberdade continuaram sendo reclusão e detenção. Todavia, a Lei n. 7.209/84 estabeleceu, com precisão, os contornos gerais dos três regimes de cumprimento de pena: fechado, semi-aberto e aberto, que haviam sido antecipados, de forma incipiente, pela Lei n. 6.416/77.

Importante registrar, que o Código Penal trouxe apenas algumas normas gerais quanto às penas privativas de liberdade e sua execução, que foram detalhadas pela Lei de Execução Penal. Desta forma, neste ponto do trabalho, apresentaremos apenas as

²⁷⁷ Artigo 77, inciso III.

²⁷⁸ Artigo 81.

²⁷⁹ Artigo 97, § 1º.

²⁸⁰ Artigos 96 e seguintes.

linhas gerais traçadas pelo Código, para que, no momento seguinte, quando abordarmos a Lei de Execução Penal, possamos nos aprofundar no tema.

A nova redação dada ao artigo 40 do Código Penal, pela Lei n. 7.209/84, remete à legislação especial – Lei de Execução Penal – a disciplina acerca dos direitos e deveres do preso, trabalho do preso, dos critérios para a progressão e regressão de regime prisional, das infrações disciplinares e correspondentes sanções.

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, ao passo que a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto; ressalvada a possibilidade de transferência para o fechado, em caso de necessidade²⁸¹.

O regime fechado será executado em estabelecimento penal de segurança máxima ou média²⁸². Como corolário do princípio da individualização da pena, previu-se o exame criminológico, ao qual o condenado será submetido no início do cumprimento da pena, e norteará a individualização da execução penal²⁸³.

Neste regime, mais gravoso, o condenado fica sujeito ao trabalho, durante o dia, e deve ser recolhido à cela, durante a noite. O trabalho deverá ser exercido no estabelecimento penal e deve ser condizente com as aptidões do condenado e os fins da pena. Há a previsão de trabalho externo em serviços e obras públicas.

O regime semi-aberto²⁸⁴ será executado em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar, onde o condenado ficará sujeito a trabalho comum, durante o dia. Admite-se trabalho externo, freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

É expressamente previsto no Código que o trabalho do preso, seja no regime fechado ou semi-aberto, será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social²⁸⁵. A Lei de Execução Penal disciplina o trabalho do preso nos artigos 28 a 37.

No regime aberto, o condenado fica privado de sua liberdade apenas no período noturno e nos dias de folga, quando deverá se recolher em casa do albergado, ou estabelecimento similar. O trabalho lícito é um dos pressupostos para cumprimento da pena neste regime mais brando, e será realizado sem vigilância.

²⁸¹ Artigo 33.

²⁸² Artigo 33, § 1º, a.

²⁸³ Artigo 34.

²⁸⁴ Artigo 33, § 1º, b.

²⁸⁵ Artigo 39.

O condenado também poderá freqüentar cursos ou exercer outra atividade autorizada. No entanto, há a possibilidade de regressão de regime prisional, caso o condenado que cumpre pena em regime aberto, praticar crime doloso, frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada²⁸⁶.

Quanto às mulheres condenadas, há previsão de recolhimento em estabelecimento próprio, conforme já havia sido previsto na redação original do Código de 1940, e a observância aos direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal²⁸⁷.

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 moral²⁸⁸. A Lei de Execução Penal trata dos direitos conferidos aos presos nos artigos 40 a 43, e dos deveres a eles atribuídos, nos artigos 38 e 39.

O Código estabelece critérios para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, baseado no *quantum* da pena aplicada: 1) o regime inicial será o fechado em caso de condenação superior a oito anos; 2) caso a condenação seja superior a 4 e não exceda a 8 anos e o condenado não seja reincidente, o regime inicial será o semi-aberto; 3) o regime inicial aberto é destinado apenas aqueles condenados a pena inferior a 4 anos, que não sejam reincidentes²⁸⁹.

Importante aqui registrar que não existe regime inicial fechado para pena de detenção. Assim, o condenado a pena de detenção só poderá ser submetido ao regime fechado em caso de regressão de regime prisional.

Os reincidentes deverão iniciar o cumprimento da pena imposta no regime mais gravoso existente (regime fechado – para pena de reclusão; regime semi-aberto – para pena de detenção), independentemente do *quantum* da pena imposta²⁹⁰. Entretanto, tal regra tem sido flexibilizada pela jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal permitiu que aquele que houvesse sido anteriormente condenado à pena de multa, pudesse iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, desde que sua pena fosse inferior ou igual a 4 anos. Tal entendimento foi fundamentado na redação do artigo 77, § 1º, do Código Penal que estabelece que a condenação anterior a pena de multa não impede a concessão de *sursis*.

²⁸⁶ Artigo 36, § 2º.

²⁸⁷ Artigo 37.

²⁸⁸ Artigo 38.

²⁸⁹ Artigo 33, § 2º.

²⁹⁰ Artigo 33, § 2º.

No mesmo sentido, foi editada a Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça, em 22 de maio de 2002, com o seguinte teor: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Ainda para a determinação do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade, deverá ser observado o conjunto das circunstâncias objetivas e subjetivas previstas no artigo 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e o comportamento da vítima), que poderão levar o juiz sentenciante a fixar regime prisional mais severo do que o previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal.

Todavia, ao fazê-lo, o magistrado deverá fundamentar a decisão. Nesse sentido é o teor da Súmula n. 719 do Supremo Tribunal Federal, editada em 9 de outubro de 2003: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Cumpre aqui ressaltar que a gravidade do delito, por si só, não autoriza o magistrado a fixar o regime inicial fechado, conforme entendimento também sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: Súmula n. 728: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Para os crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, a Lei n. 8.072/90, artigo 2º, § 1º - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007 - determina que o regime inicial de cumprimento da pena seja o fechado.

A progressão e a regressão de regime prisional foram disciplinadas na Lei de Execução Penal, conforme se verá adiante.

O tratamento dispensado ao condenado a quem sobrevém doença mental é o mesmo previsto na redação original do Código de 1940, qual seja, deve ser encaminhado a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou estabelecimento adequado.

Quanto ao instituto da detração penal, cumpre registrar que na redação original do Código, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia ou estabelecimento similar,

deveriam ser computados apenas na pena privativa de liberdade. Após a reforma, o referido tempo também passou a ser computado na medida de segurança²⁹¹.

No estudo das penas privativas de liberdade, tópico de extrema importância é aquele previsto no Capítulo III, do Título V, da Parte Geral do Código Penal – “Da aplicação da pena”. A Lei n. 7.209/84 ampliou o sentido individualizador da pena, que na redação original do Código ficava restrito à fixação da pena dentro de limites estabelecidos.

O artigo 59 estabeleceu as diretrizes para a fixação da pena. O Projeto de Reforma da Parte Geral conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, de forma a permitir uma individualização da pena mais justa e adequada a cada caso concreto.

Nesse sentido, acolheu-se a posição defendida por Nelson Hungria, e foi adotado o critério trifásico de dosimetria da pena²⁹². Destarte, a pena-base é fixada de acordo com as diretrizes do artigo 59 (circunstâncias judiciais), obedecendo-se os limites da pena estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Em seguida, devem ser consideradas as circunstâncias agravantes²⁹³ e atenuantes²⁹⁴ legais e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena. Importante registrar que as circunstâncias legais, agravam ou atenuam a pena em quantidades não fixadas previamente, de modo que cabe ao juiz sentenciante, de acordo com o caso concreto, fixar o *quantum* do acréscimo ou da atenuação.

As causas de aumento ou diminuição estão previstas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal e o *quantum* a ser aumentado ou diminuído está previamente fixado, p.ex., 1/3, 1/2, 2/3 etc.

Existem, ainda, as qualificadoras que devem ser observadas pelo magistrado sentenciante quando da aplicação da pena, ainda na primeira fase. As qualificadoras alteram os limites da pena fixados no preceito secundário do tipo penal incriminador. Tome-se como exemplo o homicídio: para o homicídio simples²⁹⁵ a pena varia entre 6 e 20 anos de reclusão; para o homicídio qualificado²⁹⁶ os limites são alterados para o mínimo de 12 e o máximo de 30 anos de reclusão.

²⁹¹ Artigo 42.

²⁹² Artigo 68.

²⁹³ Artigos 61 e 62.

²⁹⁴ Artigos 65 e 66.

²⁹⁵ Artigo 121, *caput*.

²⁹⁶ Artigo 121, § 2º.

Por óbvio, as operações realizadas pelo magistrado, em cada fase da aplicação da pena, deverão sempre ser fundamentadas, de modo a garantir a plenitude do direito de defesa do apenado. Como anotam Shecaira & Corrêa Júnior, citando José Frederico Marques:

Em nosso sistema, 'para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha, assim, uma demonstração de como usou do 'arbitrium' que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no 'quantum' expresso na parte dispositiva do julgado, sob pena de ser nulo o seu pronunciamento²⁹⁷.

Após a fixação da pena privativa de liberdade, o juiz também poderá substituí-la por pena restritiva de direitos, multa, ou conceder a suspensão condicional da pena; observados os parâmetros legais.

A Reforma da Parte Geral manteve o instituto da reabilitação criminal, entretanto, o prazo foi reduzido de quatro para dois anos e restou determinado que há de ser computado o período de prova da suspensão condicional do processo e do livramento, se não sobrevier revogação²⁹⁸.

No que diz respeito ao concurso de crimes, houve inovação para tornar explícito que a regra do concurso formal não poderá acarretar punição superior à do concurso material²⁹⁹.

Com o objetivo de diferenciar o tratamento penal destinado aos delinqüentes profissionais e aos delinqüentes ocasionais, foi previsto que nos crimes dolosos, praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, o juiz poderá, observadas as circunstâncias do caso, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo³⁰⁰. Contudo, a pena aplicada não pode exceder a que seria cabível em caso de cúmulo material nem o limite de 30 anos.

O artigo 75 estabeleceu que o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade é de 30 anos e determinou que quando a soma das penas aplicadas for superior ao limite fixado, deverá ser procedida a unificação a fim de que o prazo máximo seja observado.

²⁹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. cit., p. 176.

²⁹⁸ Artigos 93 a 95.

²⁹⁹ Artigo 70, parágrafo único.

³⁰⁰ Artigo 71, parágrafo único.

Entretanto, criou um mecanismo para desestimular a prática de novas infrações, alcançado este limite: “§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”.

Assim como na aplicação da pena, na concessão do livramento condicional, a Lei n. 7.209/84 ampliou o *arbitrium iudicis*. Antes da Reforma, o livramento era concedido àqueles que foram condenados a pena superior a três anos, observado o cumprimento de mais da metade da pena – para os primários; e mais de três quartos – para os reincidentes, aliado ao mérito do apenado. Com a edição da Lei n. 7.209/84, os requisitos para a concessão do livramento passaram a ser os seguintes:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A necessidade da exigência prevista no parágrafo único acima transcrito surgiu em razão da extinção da medida de segurança para o imputável.

A Reforma da Parte Geral inovou ao prever os efeitos extrapenais específicos da condenação: perda do cargo, função pública ou mandado eletivo; incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; e inabilitação para dirigir veículo³⁰¹. Contudo, estes efeitos não são automáticos e devem ser expressamente declarados na sentença condenatória. A perda do cargo, função pública ou mandado eletivo foi posteriormente disciplinada pela Lei n. 9.268/96 que alterou a redação do artigo 92, inciso I.

³⁰¹ Artigo 92.

O rol das causas extintivas da punibilidade também foi alterado pela Reforma da Parte Geral, Lei n. 7.209/84. A reabilitação criminal e o ressarcimento do dano no peculato culposo foram **excluídos**, ao passo que foi incluído o perdão judicial. Posteriormente, as causas extintivas previstas no rol do artigo 107, incisos VII³⁰² e VIII³⁰³ foram revogadas pela Lei n. 11.106, de 2005.

Por fim, deve-se registrar que a Lei de Contravenções Penais Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, previu outra espécie de pena privativa de liberdade³⁰⁴, qual seja, a prisão simples, que deverá ser cumprida em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum em regime semi-aberto ou aberto.

Tem-se, pois, que a prisão simples não admite o regime prisional fechado, nem mesmo em caso de regressão. Assim, em se tratando de prisão simples, a única possibilidade de regressão é do regime aberto para o semi-aberto. Ademais, o condenado à pena de prisão simples deve ficar separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

3.2.5. A pena privativa de liberdade na Lei de Execução Penal

Em 1937, foi elaborado o primeiro Projeto de Código Penitenciário, pelos juristas Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carvalho. Em 1957, o professor Oscar Stevenson foi responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código Penitenciário³⁰⁵.

Posteriormente, em 1963, o professor Roberto Lyra foi encarregado de elaborar um novo Anteprojeto, então denominado Anteprojeto de Código de Execuções Penais³⁰⁶.

Após a promulgação do Código Penal de 1969, foi elaborado, em 1970, um novo Anteprojeto de Código de Execuções Penais, sob a supervisão de Benjamin Morais Filho.

³⁰² (...) VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste código; (...).

³⁰³ (...) VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração; (...).

³⁰⁴ Artigo 5º, inciso I e Artigo 6º.

³⁰⁵ BARBOSA, Licínio. Op. cit., p. 37.

³⁰⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84. 7. ed.. São Paulo: Atlas, 1997, p. 29.

Todavia, nenhum dos projetos de lei acima referidos chegou a ser adotado.

Antes da atual Lei de Execução Penal, foi promulgada, apenas, a Lei n. 2.174 de 1957 que dispôs sobre o regime penitenciário, estabelecendo normas subsidiárias às contidas no Código Penal e no Código de Processo Penal.

A Lei de Execução Penal, n. 7.210/84, assim como a Lei n. 7.210/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal, buscaram inspiração no direito comparado e nas normas da Organização das Nações Unidas.

Observa-se que no contexto internacional em que foram formuladas as duas leis, as ciências penais e a política criminal eram repensadas à luz das ciências sociais e morais. Assim, fazia-se necessária a criação de instrumentos jurídicos capazes de substituir um sistema penal altamente criminógeno.

O texto da Lei de Execução Penal incorporou os principais dispositivos das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos adotadas pelas Nações Unidas em 1955, adequando-os à realidade nacional.

Importante aqui registrar que em 1994, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n. 14, que fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, considerando o disposto na Lei de Execução Penal e na recomendação aprovada na sessão de 6 de maio de 1994 pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é membro.

A execução é a fase do processo penal em que se dá efetividade ao mandamento condenatório contido na sentença, aplicando-se a pena fixada, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.

Na presente pesquisa, interessa-nos a execução da pena privativa de liberdade, regulamentada, especialmente, pela Lei de Execução Penal. Neste ponto, insta registrar que o Direito de Execução Penal é ciência autônoma, com princípios próprios; todavia, umbilicalmente ligada ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, na medida em que estes diplomas estabelecem institutos e princípios norteadores do procedimento executivo. Ademais, não se deve olvidar que a execução penal encontra limites robustos nos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

Após o trânsito em julgado, a decisão condenatória torna-se título executivo judicial e inicia-se o processo de execução, com vistas a satisfazer a pretensão executória do Estado.

Trata-se de processo jurisdicional, que, no entanto, depende, precipuamente, de atividade administrativa, uma vez que o efetivo cumprimento da pena fixada na sentença se dá nos estabelecimentos penitenciários geridos pelo Poder Executivo.

Logo em seu artigo 1º, a Lei de Execução Penal fixa seus objetivos, *in verbis*:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Ao condenado, durante a execução da pena, é assegurada a observância das garantias processuais mínimas, aplicáveis aos acusados durante o processo de conhecimento, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito de não se auto-incriminar, duplo grau de jurisdição, dentre outros.

A Lei de Execução Penal aplica-se não apenas aos condenados, mas também aos presos provisórios, que se submetem às regras ali previstas, quando compatíveis com a natureza da prisão, ao mesmo passo em que gozam de todos os direitos que a lei confere aos condenados.

Neste ponto, deve-se mencionar que o Código Penal prevê a detração, ou seja, o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, administrativa ou de internação³⁰⁷.

No que concerne à jurisdição, tem-se que a Lei de Execução Penal aplica-se ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária³⁰⁸. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 192, que **destaca**: “compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

Ao condenado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei³⁰⁹, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral³¹⁰. Destarte, aos condenados à pena privativa de liberdade, limita-se apenas o direito de ir e vir e aqueles a este conexos, conservando-se os demais direitos

³⁰⁷ Artigo 42.

³⁰⁸ Artigo 2º, parágrafo único.

³⁰⁹ Artigo 3º.

³¹⁰ Artigo 40 da Lei de Execução Penal, artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal e artigo 38 do Código Penal (com redação dada pela Lei n. 7.209/84).

fundamentais, tais como a integridade física e mental, intimidade, liberdade de crença e culto, patrimônio, honra e outros.

Quanto aos direitos políticos, a Constituição Federal³¹¹, determina a suspensão, após a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Por outro lado, os presos provisórios mantêm seus direitos políticos enquanto permanecerem nesta situação; todavia, não se tem observado a instalação de sessões eleitorais nos estabelecimentos prisionais destinados a abrigar os provisórios.

Ao regulamentar as eleições deste ano (2010), o Tribunal Superior Eleitoral aprovou, no dia 02 de março, a Resolução n. 23.219, que dispõe sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e de internação de adolescentes para viabilizar o voto de presos provisórios e de jovens em medida sócio-educativa de internação. Espera-se, pois, que a medida atinja cerca de 150 mil presos provisórios no Brasil e 15.500 jovens e adolescentes entre 16 e 21 anos submetidos à medida sócio-educativa.

A Resolução determina que os Tribunais Regionais Eleitorais de cada Estado, deverão coordenar com os respectivos juízes eleitorais a criação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, enumera os direitos do preso. Pela sua importância a este trabalho, transcreve-se o dispositivo:

- Art. 41 - Constituem direitos do preso:
- I - alimentação suficiente e vestuário;
 - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - Previdência Social;
 - IV - constituição de pecúlio;
 - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

³¹¹ Artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei n. 10.713, de 13.8.2003).

Interpretando-se o dispositivo de forma sistemática, levando-se em consideração, principalmente, o disposto no artigo 3º do mesmo diploma legal, pode-se concluir que o rol não é exaustivo. Verifica-se que ao preso deve ser assegurado, pelo Estado – responsável pela execução de sua pretensão punitiva – o mínimo existencial.

Entretanto, verifica-se que a despeito da obrigação legal, na prática, **tal fato** nem sempre acontece. A omissão do Estado no que diz respeito às políticas públicas de atendimento ao recluso é fato notório e deve ser objeto prioritário de atuação do Ministério Público, conforme se discorrerá adiante.

A Lei de Execução prevê que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança³¹². A integração da comunidade, durante a execução da pena, é fator preponderante no processo de reinserção social do condenado.

O dispositivo está em consonância com o que dispõem as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos³¹³, editada pela Organização das Nações Unidas, que estabelece a necessidade de integração entre os reclusos e a sociedade, promovida através de cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar “o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas”.

Para este fim, a Lei de Execução Penal criou o Conselho da Comunidade, órgão da execução³¹⁴ que deverá existir em cada comarca e ser composto, ao menos, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais³¹⁵.

O Conselho da Comunidade foi incumbido de visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca, onde seus membros deverão entrevistar os presos e enviar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário.

³¹² Artigo 4º.

³¹³ Item 61.

³¹⁴ Artigo 61, inciso VII.

³¹⁵ Artigo 80.

Os conselheiros também deverão buscar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção de cada estabelecimento³¹⁶.

Representantes da comunidade também deverão compor o Conselho Penitenciário, órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena³¹⁷, juntamente com professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e Territórios, para exercer mandato de quatro anos.

O Conselho Penitenciário é responsável por emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, inspecionar os estabelecimentos e serviços penais, apresentar no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos realizados no ano anterior e supervisionar os patronatos e a assistência aos egressos. O funcionamento dos Conselhos Penitenciários deve ser regulamentado em legislação federal e estadual específica.

A comunidade também tem assento no primeiro dos órgãos da execução penal, que é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), subordinado diretamente ao Ministério da Justiça, composto por treze membros designados pelo Ministro, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, além dos representantes da comunidade e dos Ministérios da área social, para um mandato de dois anos.

O CNPCCP avalia periodicamente o sistema criminal, criminológico e penitenciário e com base nas informações colhidas traça os rumos da política criminal e penitenciária a ser desenvolvida no país³¹⁸.

Ao longo de sua existência, o Conselho elaborou importantes documentos, entre os quais se destacam a Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994, que estabeleceu as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil; a Resolução n. 05, de 19 de julho de 1999, que dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária e a Resolução n. 16, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

³¹⁶ Artigo 81.

³¹⁷ Artigo 61, inciso IV e Artigo 69.

³¹⁸ Artigos 62 a 64.

Além disso, ao CNPCP incumbe estimular e promover a pesquisa criminológica; elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida às medidas necessárias ao seu aprimoramento; representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

A comunidade também poderá integrar os patronatos, públicos ou particulares, que são encarregados de prestar assistência aos albergados e aos egressos, além de orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana; colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional³¹⁹.

A Lei de Execução Penal, atenta ao princípio constitucional que preconiza a individualização da pena, estabelece que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade.

O Capítulo I, do Título II, trata especificamente da classificação, que deverá ser feita por uma Comissão Técnica de Classificação composta por psiquiatra, psicólogo e assistente social; dentre outros profissionais. A Comissão, responsável por elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou ao preso provisório, deve existir em cada estabelecimento prisional³²⁰.

O condenado em regime fechado deverá ser submetido a exame criminológico a fim de melhor individualizar o cumprimento da pena privativa de liberdade. O condenado em regime semi-aberto poderá ser submetido a exame criminológico, caso se mostre necessário³²¹.

³¹⁹ Artigos 77 e 78.

³²⁰ Artigos 5º ao 7º.

³²¹ Artigo 8º.

Em sua redação original, a Lei de Execução Penal previa a participação ativa da Comissão Técnica de Classificação durante toda a execução da pena, atribuindo a ela, inclusive, a possibilidade de propor à autoridade competente, as progressões e regressões de regime, além de conversões de pena.

Além disso, a realização de exame criminológico era obrigatório para aferir o mérito do condenado para progredir de regime prisional, o que não mais ocorre.

A Lei n. 10.792/2003 suprimiu a exigência de realização do exame criminológico para fins de progressão de regime prisional e restringiu a atuação da Comissão Técnica de Classificação, que apenas deverá elaborar o parecer inicial de cumprimento da pena, nos termos da nova redação conferida ao artigo 6º da Lei de Execução Penal.

Importante ainda registrar que esta mesma lei instituiu o regime disciplinar diferenciado, acoimado de inconstitucional. Sobre as alterações promovidas na Lei de Execução Penal pela Lei n. 10.792/2003, transcreve-se doutrina de Nucci:

A modificação deveu-se a pressões de vários setores, especialmente de integrantes do poder Executivo, que arca com os custos não só das Comissões existentes, mas também dos presídios em geral, sob o argumento de serem seus laudos “padronizados”, de pouca valia para a individualização executória. Por outro lado, haveria excesso de subjetivismo nesses pareceres, que acabavam por convencer o juiz a segurar o preso no regime mais severo (fechado ou semi-aberto), o que terminava por gerar a superlotação das cadeias e estabelecimentos penitenciários. Entretanto, a mudança foi, em nosso entender, péssima para o processo de individualização executória da pena. E, nessa ótica, inconstitucional. Não se pode obrigar o magistrado, com se pretendeu com a edição da Lei 10.792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária³²².

A despeito das alterações, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que em determinados casos, o juiz pode exigir a realização de exame criminológico para aferir o mérito do sentenciado (requisito subjetivo) para a progressão de regime prisional. Nesse sentido, foi editada a Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

³²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 927.

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

No Capítulo II, do Título II, a Lei estabelece que é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, prestar ao recluso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O dever de assistência aos reclusos é corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil³²³.

Todavia, é cediço que o Estado não tem cumprido tal dever a contento, o que demanda atuação firme do Ministério Público, órgão responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia³²⁴. A atuação do Ministério Público na execução penal será objeto de capítulo próprio.

Ao recluso também é assegurado o direito ao trabalho, com finalidade educativa e produtiva³²⁵. O trabalho destinado ao preso deverá estar de acordo com suas aptidões e capacidade. A jornada normal de trabalho não será inferior a seis nem superior a oito horas, com descanso aos domingos e feriados.

A Lei de Execução Penal prevê que o trabalho poderá ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do recluso.

Há, ainda, a previsão de que os governos, federal, estadual e municipal, podem celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

Com o intuito de estimular o trabalho e a produtividade no interior dos estabelecimentos prisionais, a Lei também prevê a possibilidade de dispensa de licitação para que órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e Município, adquiram os bens produzidos pelos reclusos, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

³²³ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

³²⁴ Artigo 129, inciso II, da Constituição Federal.

³²⁵ Artigos 28 a 37 da Lei de Execução Penal.

Os reclusos poderão trabalhar no interior do estabelecimento prisional ou extramuros. Os presos em regime fechado poderão exercer trabalho externo em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas; observados os cuidados necessários à preservação da disciplina e precaução contra fugas. Entretanto, a mão de obra composta por reclusos só poderá representar 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

Importante registrar que o trabalho do recluso será sempre remunerado, não podendo a remuneração ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

A autorização para trabalho externo será concedida pela direção do estabelecimento prisional, observada a aptidão, disciplina e responsabilidade do preso, além de ter ele cumprido pelo menos um sexto da pena. Caso o sentenciado pratique novo crime, falta grave ou tenha comportamento insatisfatório esta permissão será revogada.

As Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil³²⁶ estabelecem que “o trabalho na prisão não deve ser aflitivo”³²⁷. No mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas determinam que o trabalho seja de natureza que “mantenha ou aumente as capacidades dos reclusos para ganharem honestamente a vida depois de libertados”³²⁸ (n. 71.4).

A Lei de Execução Penal fixa os deveres dos reclusos, entre os quais estão dever de disciplina e obediência às normas de execução da pena e aos servidores da administração penitenciária; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; respeito aos demais condenados; urbanidade; indenização à vítima ou seus sucessores e ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho³²⁹.

Logo no início da execução da pena ou da prisão, o recluso deve ser cientificado das normas disciplinares³³⁰, bem como das conseqüências advindas do descumprimento destas. Como corolário do princípio da anterioridade da lei penal, o artigo 45 estabelece que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

³²⁶ Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do CNPCP.

³²⁷ Artigo 56 da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do CNPCP.

³²⁸ Item 71.4 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Reclusos.

³²⁹ Artigos 38 e 39.

³³⁰ Artigo 46.

As faltas disciplinares poderão ser de natureza leve, média e grave. A Lei de Execução Penal relegou à legislação local a regulamentação das faltas leves e médias e as sanções a elas correspondentes, o que não foi uma solução acertada. O ideal seria a padronização nacional das faltas e sanções disciplinares, como ocorre com as faltas graves.

As faltas graves atribuídas aos condenados que cumprem pena privativa de liberdade são³³¹: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres previstos no artigo 39, incisos II³³² e V³³³; tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (incluído pela Lei n. 11.466, de 2007).

A prática de falta grave enseja a regressão de regime prisional³³⁴, a revogação de autorização para saída temporária³³⁵, a perda do tempo remido³³⁶ e, para aqueles que cumprem pena restritiva de direitos, a conversão em pena privativa de liberdade³³⁷. Tais conseqüências serão aplicadas pelo juiz da execução, mediante representação da autoridade penitenciária.

A Lei de Execução Penal relega às disposições regulamentares a normatização do poder disciplinar, ao estabelecer, apenas, que será exercido pela autoridade administrativa.

Não obstante, elenca as seguintes sanções disciplinares³³⁸: advertência, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento em cela ou local adequado e inclusão em regime disciplinar diferenciado.

O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. O isolamento será sempre comunicado ao juiz da execução³³⁹.

³³¹ Artigo 50.

³³² II - *obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; (...)*.

³³³ V - *execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...)*.

³³⁴ Artigo 118, inciso I.

³³⁵ Artigo 125.

³³⁶ Artigo 127.

³³⁷ Artigo 181, § 1º, letra d, e § 2º.

³³⁸ Artigo 53.

³³⁹ Artigo 58.

Apenas a inclusão em regime disciplinar diferenciado demanda apreciação judicial para sua aplicação, as demais sanções serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento. Sobre o regime disciplinar diferenciado e a argüição de sua inconstitucionalidade discorremos anteriormente, quando tratamos do sistema penitenciário celular.

Importante registrar que as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado e que é vedado o emprego de cela escura, assim como a aplicação de sanções coletivas³⁴⁰.

A apuração das faltas e a respectiva imposição de sanção dependem de instauração de procedimento administrativo próprio, assegurada ampla defesa ao recluso. A decisão da autoridade penitenciária deverá ser motivada³⁴¹.

Por outro lado, a Lei de Execução Penal prevê a concessão de recompensas aos presos que têm bom comportamento, colaboram com a disciplina e são dedicados ao trabalho. As recompensas consistem em elogio e concessão de regalias, esta última deverá ser normatizada pela legislação local³⁴².

Os órgãos da execução penal estão elencados no artigo 61 da Lei. Além dos Conselhos anteriormente mencionados (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Conselho Penitenciário, Conselho da Comunidade) e dos patronatos, são órgãos da Execução Penal: o Juízo da Execução, o Ministério Público e os Departamentos Penitenciários.

O Departamento Penitenciário Nacional é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministério da Justiça. Incumbe ao Departamento Penitenciário Nacional³⁴³: acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional; inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos na Lei; colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado; estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das

³⁴⁰ Artigo 45.

³⁴¹ Artigo 59.

³⁴² Artigos 55 e 56.

³⁴³ Artigo 72.

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 (inclusive pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003); supervisionar os estabelecimentos penais e de internamento federais.

O Departamento Penitenciário local tem a finalidade de supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da unidade da Federação a que pertencer³⁴⁴.

Ao Juiz da execução criminal, a Lei atribui diversas funções, tanto de natureza jurisdicional, quanto de natureza administrativa³⁴⁵. As principais funções de natureza jurisdicional são: aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado³⁴⁶; declarar a extinção da punibilidade; decidir sobre: soma ou unificação de penas, progressão ou regressão de regime prisional, detração e remição da pena, suspensão condicional da pena, livramento condicional, incidentes da execução e autorização de saídas temporárias; determinar as formas de cumprimento da pena, suas conversões e aplicação da medida de segurança. São funções administrativas: determinar a transferência do preso; zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da Lei de Execução Penal; compor e instalar o Conselho da Comunidade e emitir anualmente atestado de pena a cumprir (incluído pela Lei n. 10.713, de 13.8.2003).

O Conselho Nacional de Justiça, no exercício do seu poder regulamentar, editou a Resolução n. 29, de 27 de fevereiro de 2007, para regulamentar a expedição anual de atestado de pena a cumprir. Esta providência é de extrema valia, pois mantém o preso informado acerca do tempo de pena que deve cumprir, funcionando como medida pacificadora do ambiente penitenciário.

Segundo estabelecido na Resolução, o atestado deve ser entregue ao apenado, mediante recibo, no prazo de sessenta dias, a contar da data do início ou do reinício da execução da pena privativa de liberdade, e até o último dia útil do mês de janeiro de cada ano, para o apenado que já esteja cumprindo pena privativa de liberdade.

³⁴⁴ Artigo 74.

³⁴⁵ Artigo 66.

³⁴⁶ Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna”.

Deverão constar do atestado anual de cumprimento de pena, dentre outras informações consideradas relevantes, as seguintes: o montante da pena privativa de liberdade; o regime prisional de cumprimento da pena; a data do início do cumprimento da pena e a data provável do término do cumprimento integral da pena; e a data a partir da qual o apenado, em tese, poderá postular a progressão do regime prisional e o livramento condicional.

Importante aqui registrar que o Conselho Nacional de Justiça também editou outras normas com reflexos na execução penal, entre as quais merecem destaque: Resolução n. 87, de 15 de setembro de 2009, que cria mecanismos de controle estatístico, e disciplina o acompanhamento pelos Juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória; Resolução n. 101, de 15 de dezembro de 2009, que define a política institucional do Poder Judiciário na execução das penas e medidas alternativas à prisão; Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009, que dispõe sobre o Projeto Começar de Novo³⁴⁷ e institui o Portal de Oportunidades; Resolução n. 89, de 16 de setembro de 2009, que institucionaliza os mutirões carcerários como mecanismo de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes; e Resolução Conjunta CNMP/CNJ n. 1, de 29 de setembro de 2009, que institucionaliza outros mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes.

A Lei de Execução Penal incumbiu o Ministério Público de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução, além de destinar-lhe outras atribuições elencadas no artigo 68. Todavia, sobre a atuação do Ministério Público na execução penal discorreremos no capítulo seguinte.

A Lei também estabeleceu normas gerais aplicáveis à direção e ao pessoal dos estabelecimentos prisionais. O diretor de estabelecimento prisional deve ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais; possuir experiência administrativa na área; ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função; e residir no estabelecimento, ou nas proximidades, dedicando tempo integral à sua função³⁴⁸.

³⁴⁷ O Projeto Começar de Novo visa recolocação, no mercado de trabalho e na sociedade, dos presos libertados após o cumprimento de penas.

³⁴⁸ Artigo 75.

A escolha do pessoal penitenciário deverá atentar para a vocação, preparação profissional, antecedentes do candidato; e dependerá de cursos específicos de formação, com previsão de reciclagem periódica³⁴⁹.

O Título IV da Lei de Execução Penal tratou dos estabelecimentos penais e suas características de acordo com o regime prisional respectivo: fechado, semi-aberto ou aberto, e dos locais adequados ao abrigo de presos provisórios, egressos e dos que cumprem medida de segurança.

Os estabelecimentos prisionais devem ser dotados de áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva aos reclusos. Os locais que abrigam mulheres devem ter, ainda, berçário onde elas poderão amamentar seus filhos³⁵⁰.

Os presos provisórios devem ficar separados dos condenados e entre estes, os primários cumprirão pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes. Tal medida é voltada a amenizar o contato criminógeno no cárcere. Os presos que ao tempo da prática delitiva eram funcionários da administração da justiça devem ficar separados dos demais, por medida de segurança.

Os estabelecimentos penais deverão receber população carcerária compatível com sua estrutura e finalidade, havendo controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Todavia, o que se verifica na prática é a superlotação e falta de estrutura mínima de atendimento aos reclusos em grande parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Pode haver transferência do local de cumprimento de pena, para unidade da federação diversa daquela onde foi prolatada a sentença, em presídio estadual ou da União³⁵¹.

A transferência pode ocorrer por medida de segurança, a pedido do próprio condenado ou para atender necessidade da administração penitenciária, dentre outros motivos capazes de justificar a medida.

A Lei autoriza a União a construir unidades para abrigar presos condenados a penas superiores a quinze anos ou quando a medida seja justificada no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. Atualmente, apenas três presídios federais estão em funcionamento, em Campo Grande/MS, Catanduvas/PR e Mossoró/RN.

³⁴⁹ Artigo 77.

³⁵⁰ Artigo 83.

³⁵¹ Artigo 86.

Entretanto, já foram concluídas as obras de outro em Porto Velho/RO e está em planejamento a construção de um presídio federal em Brasília/DF. Todos os estabelecimentos federais citados possuem capacidade para 208 (duzentos e oito) presos, cada um.

O estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de reclusão, em regime fechado, é denominado de penitenciária³⁵². A Lei determina que as celas serão individuais e equipadas com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com área mínima de seis metros quadrados e condições de salubridade.

A previsão de cela individual, embora seja louvável, notadamente porque preserva a intimidade do preso, ainda é bem distante da realidade encontrada nas penitenciárias brasileiras, onde a superlotação é a regra, em situações de penúria e degradação humanas, conforme a mídia colocou em evidência diversas vezes.

Nas penitenciárias que abrigam mulheres deve haver seção para gestante e parturiente e creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa³⁵³. As penitenciárias masculinas deverão ficar em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação³⁵⁴.

Os presos que cumprem pena em regime semi-aberto serão abrigados em colônia agrícola, industrial ou similar, nas quais poderá haver alojamento coletivo, desde que se observe a capacidade máxima, a área mínima de seis metros quadrados e as condições de salubridade³⁵⁵. Deve haver, ainda, seleção adequada dos presos que irão compartilhar o alojamento, com vistas a atender os objetivos da individualização da pena.

A casa do albergado é o local destinado ao cumprimento de pena em regime aberto e à pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana³⁵⁶. O estabelecimento deverá ser situado em centro urbano e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga; uma vez que o regime visa estimular a autodisciplina e o senso de responsabilidade do preso.

³⁵² Artigo 87.

³⁵³ Artigo 88, com redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009.

³⁵⁴ Artigo 90.

³⁵⁵ Artigo 92.

³⁵⁶ Artigo 93.

A Lei de Execução Penal também prevê a existência de centros de observação, onde serão realizados os exames gerais e o criminológico³⁵⁷, e os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, que abrigam aqueles que cumprem medida de segurança³⁵⁸.

Por fim, a cadeia pública é o local destinado ao recolhimento dos presos provisórios, e deverá atender as exigências de cela individual, salubridade e área mínima de seis metros quadrados³⁵⁹. A cadeia pública será instalada em local próximo de centro urbano.

Atualmente, cerca de 40% (quarenta por cento) da população carcerária brasileira é composto por presos provisórios, o que corresponde a 60.259 pessoas, segundo dados consolidados pelo Ministério da Justiça³⁶⁰ em junho de 2009.

A Lei de Execução Penal, conforme narrado acima, previu expressamente quais são os estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em suas diversas modalidades. Todavia, passados quase vinte e seis anos de sua entrada em vigor, verifica-se que as disposições nela contidas ainda não são observadas pelo Estado.

É fato notório que os estabelecimentos penitenciários brasileiros não condizem com o que determina a Lei, principalmente no que diz respeito à exigência de cela individual, área mínima, condições de salubridade, lotação e classificação dos presos, o que tem inviabilizado os objetivos de individualização da pena e reinserção social do recluso.

Ademais, cerca de 44% (quarenta e quatro por cento) dos presos brasileiros não são alojados nos estabelecimentos adequados à privação de liberdade que lhe foi imposta, seja na condição de condenado ou provisório, pois permanecem recolhidos, de forma absolutamente precária, em Delegacias de Polícia, conforme demonstra o gráfico abaixo:

³⁵⁷ Artigos 96 a 98.

³⁵⁸ Artigos 99 a 101.

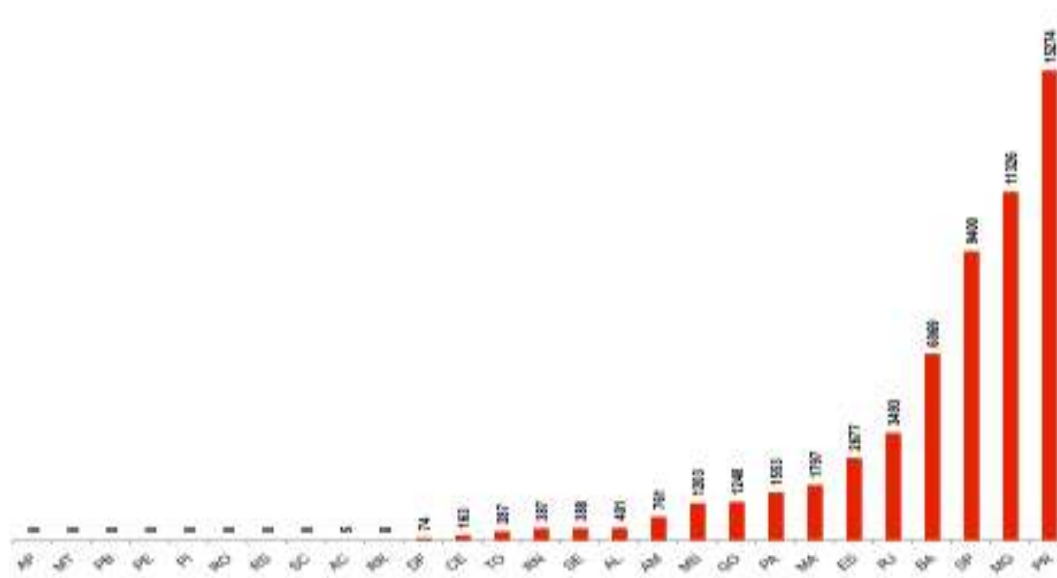
³⁵⁹ Artigo 102.

³⁶⁰ Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2010. 12:45:10.

PRESOS EM DELEGACIAS

TOTAL: 56.514



Fonte: Ministério da Justiça – dez. 2009.

Sobre a não implementação pelo Estado das disposições contidas na Lei de Execução Penal, anota Albergaria (1992, p. 223):

A ineficácia da LEP renderá ensejo à continuidade dos sistemas penitenciários locais, definidos como instrumento de degradação do recluso, desde a primeira programação penitenciária do Ministério da Justiça em 1973³⁶¹.

O Título V, da Lei de Execução Penal, trata da execução das penas em espécie, procedimento que se inicia, em regra, após o trânsito em julgado da sentença condenatória que fixou pena privativa de liberdade.

A primeira providência a ser adotada pelo Juiz da execução é determinar a expedição de guia de recolhimento³⁶², que deverá conter: o nome do condenado, a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; a data da terminação da pena; além de outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

³⁶¹ ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 223.

³⁶² Artigo 106.

A guia, extraída e rubricada pelo escrivão deverá ser assinada pelo Juiz e remetida à autoridade administrativa responsável pela execução da pena, que deverá juntá-la ao prontuário do condenado.

Ao Ministério Público e ao condenado será dada ciência da expedição da guia e seu teor. Cada vez que houver modificação na pena imposta ao condenado (soma, unificação, remissão) deverá ser retificada a guia de recolhimento. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária³⁶³.

A despeito da falta de regulamentação pela Lei de Execução Penal, admite-se a execução provisória da pena privativa de liberdade, que ocorre, sobretudo, nos casos em que, mesmo que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o sentenciado faz jus ao benefício da progressão de regime prisional.

Não se deve olvidar de que, o tempo de pena provisória deverá ser computado como se pena cumprida fosse, em virtude da detração prevista no artigo 42, do Código Penal. A questão recebeu orientação do Supremo Tribunal Federal, materializada nas Súmulas n. 716 e 717:

Súmula n. 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula n. 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A Lei de Execução Penal adotou o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, passando-se do regime fechado, que é o mais severo, aos regimes semi-aberto e aberto. Para progredir de regime, o sentenciado deverá preencher os requisitos exigidos pelo artigo 112, da Lei, quais sejam; o cumprimento de, ao menos, um sexto da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Conforme já mencionado anteriormente, a Lei n. 10.792/2003 alterou a redação original do mencionado artigo 112 que exigia, para análise do mérito do sentenciado, parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico, quando necessário.

A Lei de Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/90, vedava a progressão de regime prisional, para os condenados pelos crimes ali descritos. Todavia, o Supremo Tribunal

³⁶³ Artigo 107.

Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82959-SP, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, o qual dispunha que a pena por crime hediondo seria cumprida integralmente em regime fechado.

A partir de então, passou-se a permitir a progressão de regime em casos de crimes hediondos e equiparados, exigindo-se, para tanto, a observância dos requisitos previstos no artigo 112, da Lei de Execução Penal.

Após a referida decisão, foi promulgada a Lei n. 11.464/07, que, ao dar nova redação ao artigo 2º, da Lei n. 8.072/90, previu a possibilidade de progressão de regime prisional em caso de crimes hediondos e equiparados.

Entretanto, o novo diploma legal, trouxe como requisito objetivo para obtenção do benefício, o cumprimento, em regime mais gravoso, de dois quintos da pena cominada – em caso de condenados primários; e três quintos para condenados reincidentes.

A Lei n. 11.464/07 provocou farta divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicabilidade. Os tribunais pátrios, em maioria, firmaram entendimento no sentido de que se trata de *novatio legis in pejus*, portanto, só deverá ser aplicada aos condenados por crimes ocorridos após sua entrada em vigor, por força do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal³⁶⁴. Atualmente, a matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da Súmula Vinculante n. 26, transcrita anteriormente.

³⁶⁴ Neste sentido, colaciona-se o seguinte julgado: “*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME HEDIONDO. EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL INTEGRAL FECHADO. AFASTAMENTO DO ÓBICE. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. LEI N.º 11.464/07. APLICAÇÃO RETROATIVA. LEI PENAL MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena. 2. A inovação trazida pela Lei n.º 11.464/07 - cumprimento de dois quintos (2/5) da pena imposta, se primário, e três quintos (3/5) se reincidente, como requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos -, por ser evidentemente mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu, e só poderá ser aplicada aos crimes cometidos após a vigência da nova lei. 3. O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464, em 29 de março de 2007, como é o caso ora em tela, é aquele previsto no artigo 112, da Lei de Execuções Penais. 4. Ordem concedida para reformar a condenação do Paciente, na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, ficando a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos da progressão a cargo do Juízo das Execuções Penais, que deverá adotar como critério objetivo aquele previsto no artigo 112, da Lei n.º 7.210/84”. (STJ - HC 91933/SP HABEAS CORPUS – 2007/0235444-8 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/03/2008 Data da Publicação/Fonte DJ 07.04.2008 p. 1 Ementa)”.*

A decisão sobre a progressão de regime deverá sempre ser motivada, em obediência ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa do sentenciado.

De outra sorte, o artigo 118, da Lei de Execução Penal, disciplina a regressão de regime prisional, que poderá ocorrer quando o condenado: praticar fato definido como crime doloso³⁶⁵ ou falta grave; ou, ainda, sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

O condenado que cumpre pena em regime aberto estará sujeito à regressão de regime quando, além das hipóteses retro referidas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. Nas hipóteses de prática de crime doloso ou falta grave e daquele que cumpre pena em regime aberto, o condenado, acompanhado de seu defensor, deverá ser ouvido antes da decisão judicial.

A Lei de Execução Penal não tratou da possibilidade de regressão cautelar de regime prisional. Todavia, esta medida tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência dominante³⁶⁶, com fundamento no poder geral de cautela do juiz. A regressão cautelar pode ser decretada, inclusive, de ofício, desde que, posteriormente, seja oportunizada ao condenado, a ampla defesa e o contraditório.

Os artigos 113 a 117 trazem regras específicas do regime aberto. Para que o condenado possa ingressar no regime mais brando deve estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo; e apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

São condições obrigatórias àqueles que cumprem pena em regime aberto: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer em juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado³⁶⁷.

³⁶⁵ É pacífico o entendimento segundo o qual não se exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para que ocorra a regressão de regime pela prática de novo crime doloso.

³⁶⁶ Neste sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “*RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. INEXIGIBILIDADE DA OITIVA PRÉVIA DO APENADO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, cometida falta grave pelo condenado, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional promovida pelo Juízo da Execução, sem a oitiva prévia do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 832826/RJ, DJ 03/04/2007, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)”.*

³⁶⁷ Artigo 115.

O juiz da execução pode, ainda, fixar outras condições que entender pertinentes, além de modificar as condições que foram estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem. Além das normas contidas na Lei de Execução Penal, legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto³⁶⁸.

Há previsão de recolhimento domiciliar para os condenados que cumprem pena em regime aberto que sejam maiores de setenta anos, acometidos de doença grave, mulheres gestantes ou com filho menor ou deficiente físico ou mental³⁶⁹.

Em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira (o), ascendente, descendente ou irmão ou necessidade de tratamento médico, presos provisórios e condenados, em regime fechado ou semi-aberto, poderão deixar o estabelecimento prisional, mediante escolta, pelo tempo necessário para cumprir a finalidade da saída³⁷⁰.

O preso em regime semi-aberto, que tiver bom comportamento e houver cumprido, ao menos, um sexto da pena – se primário, ou um quarto – se reincidente, poderá obter autorização judicial de saída, sem vigilância direta, para: visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, de ensino médio ou superior e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social³⁷¹.

A autorização será concedida por prazo não superior a sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. Na hipótese de curso profissionalizante ou ensino regular, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

O benefício da saída temporária poderá ser revogado nos seguintes casos: prática de crime doloso ou falta grave, desobediência às condições impostas na autorização ou baixo grau de aproveitamento do curso³⁷². Para recuperar o benefício, o condenado depende de absolvição no processo penal, cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração de merecimento.

Instituto de extrema importância na execução penal é a remissão, prevista nos artigos 126 e seguintes da Lei. Pela remissão, os condenados em regime fechado ou

³⁶⁸ Artigo 119.

³⁶⁹ Artigo 117.

³⁷⁰ Artigos 120 e 121.

³⁷¹ Artigos 123 e 124.

³⁷² Artigo 125.

semi-aberto podem remir parte da pena, pelo trabalho, na proporção de um dia de pena por três de trabalho.

A lei **declara**, exclusivamente, da remissão pelo trabalho. No entanto, a jurisprudência tem reconhecido a remissão pelo estudo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 341, com a seguinte redação: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

A remissão será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público. Entretanto, se o condenado for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, reiniciando-se o período de contagem a partir da data da infração disciplinar. É o que determina o artigo 127 da Lei, todavia, este dispositivo tem sido alvo de críticas, pela sua extrema severidade.

A Lei de Execução Penal disciplinou o livramento condicional, espécie de antecipação da liberdade ao condenado que preenche determinados requisitos, previstos no artigo 83 do Código Penal. O livramento será concedido pelo Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. Durante o período de livramento, o condenado ficará obrigado a cumprir determinadas condições fixadas pelo Juiz³⁷³.

São condições obrigatórias: obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação; não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste. São condições facultativas: não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; não frequentar determinados lugares.

Após a concessão do benefício, será expedida uma carta de livramento, instruída com cópia da sentença, remetendo-se uma cópia à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário.

A Lei determina a realização de uma cerimônia solene para a concessão do benefício, no local onde está sendo cumprida a pena, em data designada pelo Presidente do Conselho Penitenciário³⁷⁴. Ao liberado será entregue uma caderneta, na qual deverão constar as seguintes informações: sua identificação, o texto impresso dos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal e as condições que lhe foram impostas.

³⁷³ Artigo 132.

³⁷⁴ Artigo 137.

A caderneta deverá ser exibida à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que lhe for exigida. Na falta da caderneta, o liberado receberá um salvo-conduto, no qual estarão especificadas as condições a que foi submetido.

O liberado será submetido à observação e proteção, realizada por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade. A entidade encarregada da obrigação deverá encaminhar relatório ao Conselho Penitenciário³⁷⁵.

As hipóteses de revogação do livramento estão previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal, a Lei de Execução Penal cuidou de seu processamento e suas conseqüências, nos artigos 140 a 146. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado.

Quando o liberado, no curso do livramento, praticar outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do benefício, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final quanto à infração praticada.

Se a revogação for motivada por infração penal praticada antes da vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Em caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento. Findo o período de prova do livramento, sem que haja revogação, será julgada extinta a pena privativa de liberdade.

Outro benefício de extrema importância, que foi regulamentado pela Lei de Execução Penal, é a suspensão condicional da pena, prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal. A suspensão será deferida pelo Juiz ou Tribunal que proferir a condenação, após a fixação da pena privativa de liberdade³⁷⁶.

O Juiz fixará as condições a que ficará submetido o condenado pelo período de suspensão, que devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal daquele, podendo incluir entre elas as obrigações de prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana. As condições poderão ser alteradas no curso da suspensão; após ser ouvido o condenado.

³⁷⁵ Artigo 139.

³⁷⁶ Artigo 157.

A fiscalização do cumprimento das condições será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário e pelo Ministério Público. Os Estados e Distrito Federal poderão regulamentar a fiscalização, por normas supletivas.

Se o réu beneficiado pela suspensão for intimado pessoalmente ou por edital com prazo de vinte dias e não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, o benefício ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena³⁷⁷.

Além dos benefícios retro mencionados, a Lei de Execução Penal disciplina duas hipóteses de conversão da pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese, a pena privativa de liberdade, não superior a dois anos poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que o condenado a esteja cumprindo em regime aberto, tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena e os seus antecedentes e personalidade indiquem ser a conversão recomendável³⁷⁸.

Na segunda hipótese, poderá haver conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental ao condenado. A conversão poderá ser determinada de ofício pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa³⁷⁹.

A Lei de Execução Penal prevê, ainda, os incidentes de excesso e desvio de execução, levados em efeito quando algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares³⁸⁰. Os incidentes poderão ser suscitados por quaisquer dos órgãos de execução penal ou pelo próprio condenado.

Ainda sobre os benefícios que podem ser concedidos aos privados de liberdade, o Capítulo III, do Título VII, da Lei de Execução Penal, trata da anistia e do indulto.

A anistia é uma espécie de clemência do Estado, concedida pelo Congresso Nacional, por lei. Sobre as conseqüências da anistia Rosa³⁸¹ destaca:

Se o processo foi iniciado, a anistia faz com, a anistia faz com que seja interrompido e arquivado imediatamente após a lei que a criou entrar em vigor, se o processo já se acha findo e o réu condenado, a anistia impede o cumprimento da pena; se o

³⁷⁷ Artigo 161.

³⁷⁸ Artigo 180.

³⁷⁹ Artigo 183.

³⁸⁰ Artigos 185 e 186.

³⁸¹ Rosa, Antônio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 431.

réu se encontra cumprindo pena, dá-se a suspensão e o condenado recobra a liberdade; se quando veio a anistia a pena havia sido toda cumprida, cessam seus efeitos. São eliminadas todas as anotações nos registros e assentamentos de antecedentes do anistiado, restabelecendo-se sua primariedade.

Concedida a anistia, o Juiz declarará extinta a punibilidade³⁸².

O indulto, por sua vez, é concedido pelo Presidente da República, mediante Decreto, e pode ser individual ou coletivo. O indulto individual, também conhecido por graça, pode ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa³⁸³.

A petição deve ser entregue ao Conselho Penitenciário, para elaboração de parecer e encaminhamento ao Ministério da Justiça. Após, a petição será submetida a despacho do Presidente da República.

O indulto coletivo, por outro lado, é muito utilizado como medida de política criminal voltada ao esvaziamento do cárcere. Pode ser concedido de ofício pelo Juiz, observadas as regras do Decreto Presidencial que disciplinou o instituto, ou requerido ao Juiz pelo interessado, Ministério Público, Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa. Atualmente, está em vigor o Decreto n. 7.046, de 22 de dezembro de 2009, que concedeu indulto natalino e comutação de penas, além de outras providências.

Concedido o indulto, individual ou coletivo, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.

O procedimento judicial perante o Juízo da execução criminal foi regulamentado ao final da Lei de Execução Penal³⁸⁴. O início do procedimento pode se dar de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente; de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Autuada a portaria, ou petição, deverão ser ouvidos, no prazo consecutivo de três dias, o condenado e o Ministério Público, quando não forem os peticionários. O prazo para decisão, quando não for necessária a produção probatória, também é de três dias. Caso haja necessidade de realização de prova pericial ou oral, a decisão será prolatada em seguida. Das decisões caberá agravo, sem efeito suspensivo.

³⁸² Artigo 187.

³⁸³ Artigos 188 a 193.

³⁸⁴ Artigos 194 a 197.

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei³⁸⁵.

Nas disposições finais e transitórias, foi estabelecido um prazo de seis meses, a partir da publicação da Lei, que ocorreu em 11 de julho de 1984, para que as unidades da Federação, em convênio com o Ministério da Justiça, projetassem a adaptação, construção e equipamento dos estabelecimentos e serviços penais.

O descumprimento injustificado da obrigação, implicaria na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança³⁸⁶.

Ocorre que já se passaram quase vinte e seis anos e pouco, ou quase nada, se fez no sentido de efetivar as regras contidas na Lei de Execução Penal, quanto à adequação e estruturação dos estabelecimentos e serviços penais. A norma coercitiva acima indicada não foi suficiente para garantir a obediência à Lei.

A Lei n. 7.210/84 atendeu ao princípio de humanidade da pena e aos preceitos das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos; entretanto, tem sido vilipendiada pelo Estado brasileiro, que insiste em ignorar a realidade caótica do sistema penitenciário. Eis aí, um dos mais espinhosos desafios que deve, urgentemente, ser enfrentado pelo Ministério Público – instituição incumbida pela Constituição Federal da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis³⁸⁷.

³⁸⁵ Artigo 202.

³⁸⁶ Artigo 203.

³⁸⁷ Artigo 127 da Constituição Federal.

CAPÍTULO IV. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO PENAL

O último capítulo concentra esforços na investigação acerca da atuação do Ministério Público na execução da pena privativa de liberdade, por intermédio da análise dos modelos de acompanhamento e fiscalização da execução penal adotados pelos Ministérios Públicos dos Estados e da União e da atuação do Conselho Nacional do Ministério Público.

A investigação busca solucionar a problemática central verificada nesta dissertação, ao avaliar se o Ministério Público tem agido como garantidor dos direitos fundamentais dos presos, fazendo jus à feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988, ou se continua apegado à função de "acusador implacável" e limitado à atuação individualista prevista na Lei de Execução Penal, e, nesse sentido, tem contribuído para o caos do sistema penitenciário.

4.1. O Conselho Nacional do Ministério Público e a execução penal

O Conselho Nacional do Ministério Público foi criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de novembro de 2004, juntamente com o Conselho Nacional da Justiça, como órgãos de controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário, respectivamente.

Os dois Conselhos são formados por membros dos órgãos controlados e agentes estranhos aos seus quadros e possuem atribuição para rever atos administrativos, além de poder disciplinar.

Recebem informações colhidas por ouvidorias e devem elaborar relatório anual sobre suas atividades e a situação dos órgãos controlados no Brasil; relatório esse que integrará a mensagem a ser encaminhada ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O Conselho Nacional do Ministério Público é formado por quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, entre os quais: o Procurador-Geral da República, que o preside; quatro membros do Ministério Público da União; três membros do Ministério Público dos Estados; dois juízes, sendo que um é indicado pelo Supremo Tribunal Federal e o outro pelo Superior Tribunal de Justiça; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos de

notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público são indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei³⁸⁸.

O Conselho é órgão constitucional autônomo, pois não integra o Ministério Público nem está inserido na estrutura dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em razão da ausência de subordinação ou tutela. Foi incumbido do controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

No exercício de seu poder regulamentar, o Conselho Nacional do Ministério Público editou, em 28 de maio de 2007, a Resolução n. 20, que regulamenta o artigo 9º da Lei Complementar n. 75³⁸⁹, de 20 de maio de 1993 e o artigo 80 da Lei n. 8.625³⁹⁰, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

O artigo 2º da Resolução estabelece que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo “manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial; bem como, a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público”.

No mesmo dispositivo, a Resolução ressalta que no exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público deve velar, sobretudo, pelo respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; e pela preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, dentre outros aspectos relevantes.

No que diz respeito à atuação institucional na execução da pena privativa de liberdade, objeto deste trabalho, a Resolução n. 20, do Conselho Nacional dispõe que cabe aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da

³⁸⁸ Artigo 130-A, da Constituição Federal.

³⁸⁹ *Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:*

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

³⁹⁰ *Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.*

atividade policial, ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou aquartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos em que se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetas a outros membros do Ministério Público³⁹¹; e ter acesso ao preso, a qualquer momento³⁹².

Em 2008, a Corregedoria Nacional do Ministério Público, órgão integrante do Conselho Nacional, instaurou processo autuado como correição (Processo n. 0.00.000.000194/2008-17) para verificar o cumprimento das determinações contidas na Resolução n. 20, pelos Ministérios Públicos Estaduais e da União.

Posteriormente, o processo foi submetido a uma Comissão Temporária criada pelo Plenário do Conselho Nacional, para monitorar a atividade do Ministério Público brasileiro no tocante à fiscalização da realização periódica de visitas a estabelecimentos policiais, penais e destinados ao cumprimento de medidas sócio-educativas.

Segundo justificativa constante do relatório final do processo, este surgiu da necessidade de apuração das condições de exercício, pelo Ministério Público, de atividades de fiscalização de estabelecimentos prisionais, casas destinadas ao cumprimento de medidas de segurança, e casas de internação para o cumprimento de medidas sócio-educativas, bem como de controle externo da atividade policial.

Esse procedimento teve impulso em razão do resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito; que tratou do Sistema Carcerário em nosso País. Assim, a Corregedoria Nacional apresentou proposta ao Plenário do Conselho e foi criada a Comissão Temporária incumbida de monitorar a atividade fiscalizatória do Ministério Público na execução das penas e medidas sócio-educativas e no controle externo da atividade policial.

No curso do procedimento, foram analisadas as normas específicas de cada Ministério Público e sua adequação com a Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público e, no que diz respeito à execução penal, verificou-se qual o modelo de acompanhamento adotado em cada Ministério Público.

O controle externo da atividade policial, umbilicalmente ligado ao acompanhamento da execução penal, está entre o rol das funções institucionais

³⁹¹ Artigo 5º, inciso I.

³⁹² Artigo 5º, inciso VII.

cometidas ao Ministério Público pela Constituição Federal³⁹³ e por diversas Leis Complementares estaduais, além da Lei Complementar n. 75/93, que se aplica, de forma subsidiária, aos Ministérios Públicos Estaduais, e da Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Todavia, há Ministérios Públicos que sequer regulamentaram a matéria e deram cumprimento ao que determinou o Conselho Nacional. Em muitos casos, há omissão da instituição que não disciplina e cobra o efetivo controle externo da atividade policial.

É justamente pela falta de controle que ocorrem fatos de extrema gravidade noticiados constantemente pela mídia; como o absurdo caso da adolescente mantida presa em cela com cerca de vinte homens em uma delegacia de polícia no **Estado do Pará**.

O controle e a fiscalização do sistema carcerário foram atribuídos ao Ministério Público pela Lei de Execução Penal. Nesse desiderato, o artigo 68 do referido diploma legal estabelece que o membro do Ministério Público deverá visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando em livro próprio a sua presença e os procedimentos que adotou.

Entretanto, a Comissão Temporária constituída pelo Conselho Nacional do Ministério Público constatou que este tema nunca recebeu, por parte da Instituição, atenção especial, **ao faltar** planejamento, metas e gestão no exercício prioritário de deveres e atribuições concernentes à fiscalização da execução penal.

Ao final do procedimento instaurado pela Corregedoria Nacional, concluiu-se pela necessidade de criação de Comissão Permanente Disciplinar, de Controle Externo da Atividade Policial, de Controle do Sistema Carcerário e de Controle das Medidas Sócio-educativas aplicadas em adolescentes em conflito com a lei, para que esta determine os caminhos a serem tomados para que o Conselho Nacional tenha total compreensão e controle dos temas objetos de fiscalização pela Comissão Temporária.

Para tanto, foi alterada a redação do artigo 32, § 2º, e do artigo 33, inciso II, do Regimento Interno do Conselho Nacional – Resolução n. 31, de 1º de setembro de 2008, prevendo a existência da Comissão Permanente.

A verdadeira omissão da instituição no controle e fiscalização da execução penal tornou-se ainda mais evidente com a realização e divulgação dos dados referentes aos Mutirões Carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de

³⁹³ Artigo 129, inciso VII.