

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE SÃO MATEUS
CURSO DE DIREITO**

SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA

RODRIGO PARTELI

**São Mateus - ES
2009**

RODRIGO PARTELI

SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA

Monografia apresentada à Faculdade São Mateus, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

São Mateus - ES

RODRIGO PARTELI

SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em de de 2009.

BANCA EXAMINADORA

PROF. SAMUEL DAVI GARCIA MENDONÇA
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

PROF. FULANO DE TAL
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF. FULANO DE TAL
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Ao final deste trabalho e conseqüentemente com a conclusão do meu curso de direito, deixo registrado o meu sincero agradecimento à Faculdade São Mateus, aos mantenedores e ao seu corpo de funcionários. Agradeço aos meus queridos e honrados professores, mestres e doutores, que ao longo desta caminhada não mediram sacrifícios para me colocarem nos trilhos da ciência do direito. Agradeço a todas as pessoas que, direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho, em especial ao meu orientador, Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça, saiba da grande admiração e respeito que tenho por ti, pessoa ser uma pessoa séria e honrada, por demais competente naquilo que faz; me orgulho de ser teu amigo, que Deus o abençoe.

Primeiramente, dedico este trabalho ao meu Deus, eterno e supremo, que sempre me sustentou em suas mãos. Ainda aos meus pais e irmãos, pelas orações e incentivo que me destinaram durante esta caminhada. Em caráter mui especial, dedico à minha família pelo apoio incondicional que me dispensou durante este curso, pela compreensão nos momentos difíceis e pelas horas de carinho e atenção que lhes foram furtadas, através da minha ausência durante estes 5 anos, para que pudessem conquistar esta vitória. A essas pessoas, o aplauso de extrema gratidão.

“Para punir um homem retributivamente, é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias.”

BERNARD SHAW

RESUMO

Com a evolução da humanidade, o homem entendeu que não estava sozinho em seu *habitat* e que há tempos vivia em uma célula, chamada de sociedade. A família é a precursora desta reunião que com a evolução da espécie, a consequência foi o seu crescimento, totalmente heterogênea, com interesses e objetivos distintos, sem regras, leis ou qualquer outro termo legal que fosse positivado, cada célula criava a sua própria “lei”, imperando a “lei dos mais fortes”. Foi criado então o Estado, capaz de viabilizar a convivência em sociedade e resguardar o direito alheio, aplicando o *jus puniendi*. Ao longo dos anos, foram instituídas várias espécies de pena, tais como: de morte, mutilação, segregação da liberdade e etc., sanções que, hodiernamente, ainda se aplicam em determinados países. No entanto, verifica-se que a penalização criminal ganhou nova filosofia, passando a ter o condão de ressocialização do infrator. Como termômetro desta recuperação, foi criado o sistema progressivo de pena, onde o detento inicia o cumprimento de sua punição em um determinado regime e, obedecendo alguns requisitos legais, progride no regime, passando para outro menos gravoso, de modo que, paulatinamente, o apenado vai retornando ao convívio social, até atingir o seu repatriamento absoluto. A grande celeuma gira em torno da eficácia deste sistema, visto o alto índice de reincidência dos egressos. Sob tais questionamentos, defende-se que o sistema de progressão é apenas um dos fatores capaz de ressocializar o infrator, e que a mola mestra para a obtenção de tais fins é constituída da participação efetiva do Estado, com a instituição de políticas públicas sérias, focadas para a prevenção dos delitos, possível apenas com o fornecimento de saúde, educação, moradia, emprego e salários justos ao cidadão. Mesmo assim, caso a segregação da liberdade seja imperativa, que o Estado cumpra a Lei de Execuções vigente, instituindo política carcerária e de recuperação social com competência, quiçá se minimizará os índices de reincidência, afinal, não é a espécie de pena que irá solucionar a problemática social, mas sim, a forma em que ela será aplicada.

PALAVRAS-CHAVES: Penalização, Progressão de Pena, Ressocialização.

ABSTRACT

With the evolution of humanity, man understood he wasn't alone on his habitat and for so long in a cell called society. Family is the precursor which with the spices evolution, the results was growing totally heterogeneous, with different interests and goals, without rules, laws or any other legal term which were positive, each call created its own "laws" impering the "strongest's law". So the state was created able to turn feasible the living together in a society and shelter the somebody's right, applying the *jus puniend*. During years several kinds of sentences were settled, like death penalty mutilation, freedom segregation and etc. sanctions which has not been applied in some countries. Although it's possible to check the criminal sentences got new philosophy taking the control of re socialization of the infractor. As thermometer of it recuperation, it was created a progressive system of penalty, in which the convicted begins his punishment in a determined regime and obeying some legal requirement makes progress in the regime, getting another less serious, so that, slowly the convicted goes back to the society until gets his absolutely reform the big trouble goes around the system efficiency, cause the high index of reincidence of arrested under these questions the progression system is depended as only one of the factors with are able to resocialize the infractor master spring on getting of those goals is constituted by the participate on effective of state with the institution of politics, focused to the prevention of crimes possible only with health, education, house hood, and fairy salaries to the citizens. Even that, in case of the freedom segregation be imperative, the state does its bits on the execution law, it settles a carcerary politic and of social recuperation with competence it minimizes the index of reincidence so it's not the kind of penalty which will solve the social problem, but the way it will be applied.

Key words: punishment, penalty progress, resocialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA.....	11
2 FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL.....	18
3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA PENA.....	25
4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	27
4.1 SISTEMA DE FILADÉLFIA OU BELGA (PENSILVÂNICO).....	28
4.2 SISTEMA DE AUBURN.....	30
4.3 SISTEMA PROGRESSIVO.....	32
4.4 MODELO PROGRESSIVO IRLANDÊS.....	34
4.5 OS REFORMATÓRIOS E OS BORSTAL.....	34
5 O SISTEMA PROGRESSIVO NO BRASIL.....	38
5.1 AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E SEUS REFLEXOS NA PROGRESSIVIDADE.....	40
5.2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A PROGRESSÃO.....	42
5.2.1 Requisito Objetivo.....	45
5.2.2 Requisito Subjetivo.....	47
6 PROCEDIMENTO JUDICIAL PARA A PROGRESSÃO.....	49
7 A PROGRESSÃO E OS CRIMES HEDIONDOS.....	51
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUÇÃO

Visa o presente trabalho trazer uma noção dos sistemas penais existentes, com aprofundamento com relação ao sistema progressivo, sistema este adotado por nosso ordenamento jurídico.

Começarei tecendo comentários a respeito da origem e evolução da pena, ponto que considero importante quando formos analisar as penas existentes nos dias atuais, de modo a trazer um painel de compreensão e entendimento mais claro em torno da dita questão.

Outro fator de grande importância é o estudo da finalidade da pena, o que vem a caracterizar o sistema de cumprimento de pena adotado pelo ordenamento jurídico de qualquer país, ou seja, de acordo com a finalidade da pena, poderemos identificar o sistema de cumprimento desta, objetivando atingir aquele fim visado com a aplicação da sanção penal.

Após tratarmos dos outros sistemas penais existentes, o sistema progressivo passa a ser o objeto do trabalho, propriamente falando, inclusive, entrando na seara da possibilidade ou não da progressão para os condenados por crimes hediondos.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA

Uma das definições mais precisas sobre o conceito de pena, diz que esta é o conteúdo necessário para realização do Direito. De fato, não pode haver direito sem pena. Em alguns ramos do direito pode-se chama-la de sanção, ou designar-se no Direito Privado de cláusula cominatória, sendo a expressão pena exclusividade do Direito Penal, que dele recebeu seu próprio título. Mas se a norma não dispuser de uma penalidade ou algo equivalente, seja com qualquer outra definição, deixa de ser instrumento de Direito, para não passar de preceito moral ou religioso. “Lei sem pena é como sino sem badalo” (autor desconhecido).

No Direito Penal, esse conteúdo necessário (pena), expressão esta que tem origem no grego “*poiné*” e do latim “*poena*”, e que já era usada naquela época para significar composição, ou reparação do dano imposta aos infratores da Lei.

Perde-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos agrupamentos de homens foram levados a adotar certas normas de conduta disciplinadoras, com o escopo de se viabilizar a convivência em sociedade.

Conclui-se após diversas pesquisas, que a pena tenha tido, originariamente um caráter sacral, onde não podendo o homem primitivo explicar certos fenômenos naturais, tais como a chuva, os raios, trovões, atribuíam estes a seres sobrenaturais, que vinham a premiar ou castigar a sociedade de acordo com seu comportamento. Estes seres, que habitariam florestas, rios, árvores, seriam maléficos ou propícios, de acordo com as circunstâncias, eram os *totens*, e o descumprimento de algumas de suas imposições acarretava severos castigos (penas). Conclui-se daí que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos tidos como penas, estão vinculados às relações totêmicas.

A função da pena era reparatória, ou seja, pretendia fazer com que o infrator, ao ser punido, se retratasse frente a divindade. Possuía também um caráter essencialmente sacral. A execução, porém, se dava de forma coletiva, podendo, às vezes atingir toda a família do condenado.

Da mesma época seriam as proibições conhecidas como “*tabus*”, palavra de origem polinésia que significa ao mesmo tempo, sagrado e o proibido, o impuro, o terrível.

Todos participavam de tais castigos, pois tais infrações provocavam a ira das entidades sobrenaturais sobre todo o grupo. Esses castigos eram impostos pelo encarregado do culto religioso, que também era o chefe do grupo social.

Dois espécies de penas eram conhecidas: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira constituía-se em banimento, e a segunda, utilizada principalmente contra estrangeiros, era o pagamento da dívida para com os deuses através da pena de morte.

Essa punição, entretanto, nunca se espelhou na vingança, reação de caráter irracional, inerente à personalidade humana. Era, em verdade, uma reação racional contra o mal causado, com o objetivo único de que fosse mantida a ordem interna.

Apesar dos castigos serem aplicados de forma cruel, atingindo a integridade corporal do condenado, muitas das vezes até de seus familiares, existia na Lei Mosaica, um indício do princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito, tema este magistralmente discutido pelo mestre Cesare Beccaria, em sua pequena grande obra “Dos Delitos e das Penas”, já que naquele escrito se prescrevia a máxima “olho por olho, dente por dente”. Assim, a pena restringia-se à retribuição proporcional ao mal causado.

Com a evolução das civilizações o cunho sacral da pena foi desaparecendo, passando a ser aplicada pelo poder público, materializado no poder do Soberano ao castigar o corpo do sentenciado em praça pública, em um verdadeiro teatro de horror e repulsa.

Essa mudança na natureza da punição, teve como resultado a ampla aplicação da pena de morte por parte das antigas sociedades, a tendo como principal instrumento de castigo e intimidação. Como exemplo clássico, temos a sociedade Romana, onde os patrícios eram decapitados e os plebeus crucificados, como bem ilustra as Escrituras Sagradas.

Os clássicos entendiam que com a aplicação da pena dava-se à reafirmação do direito violado, que se obtinha pela dor e pelo sofrimento causados ao criminoso. E aduziam “Deus não castiga o ladrão e o homicida para defender o homem, mas porque o homicídio e furto são um mal, e a justiça ordena que quem faça um mal sofra um mal”.

Na Idade Média, também chamada, idade das trevas, se produziu aquela que seria a maior substituta da pena capital. No século V, a Igreja, com o objetivo de punir os clérigos faltosos, aplicava como penalidade, a reclusão em celas ou a

internação em mosteiros. Nesse momento surgia a privação da liberdade como pena.

Com o Iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, e com obras preconizadoras de idéias liberais e humanizantes como a de Beccaria, a pena assumiu um fim utilitário, abandonando por vez a fundamentação teológica. Aliás, é deste autor a idéia, segundo a qual “a pena só é justa quando necessária”.

No meio de todo este contexto, surge a Escola Clássica do Direito Penal, que define a pena somente como castigo, mas essencialmente como retribuição. O infrator era ignorado, tendo a atenção voltada ao crime, sendo a pena proporcional a este e não àquele.

Opondo-se à teoria da Escola Clássica, a Escola Positiva, colocou o homem como objeto central do Direito Penal, com o objetivo definido da pena como instrumento ressocializador do delinqüente. Os estudiosos seguidores da Escola Positivista, consideraram a pena como sendo mais que um castigo, mas um instrumento da sociedade para reintegrar o criminoso a ela.

A legislação penal brasileira foi toda exportada da Coroa Portuguesa, isso na época do descobrimento e posterior condição colonial, constante nas famosas *Ordenações do Reino*. O livro V, tanto nas Ordenações Afonsinas quanto nas Manuelinas, tratava da matéria penal, onde a privação da liberdade era utilizada apenas para garantir o julgamento, ou como forma de coagir o condenado ao pagamento de pena pecuniária.

As *Ordenações Filipinas* foram destaques em nosso Direito, principalmente em razão das alterações exigidas por Felipe III, de Espanha e II de Portugal. Onde se tipificavam várias condutas e as formas de suplício sobre o corpo do condenado, eram as principais armas políticas de controle social utilizadas pelo Soberano.

Foi essa legislação definida como o nosso “direito penal do terror”, o fundamento para a caça de inconfidentes em Minas Gerais, dentre eles Tiradentes que teve sua cabeça arrancada e pendurada em praça pública e seus membros espalhados pela cidade, espalhando o medo e ao mesmo tempo a repugnância à forma de aplicação da sanção penal.

Com a independência do Brasil, e o advento do Império, ratificações foram feitas nas Ordenações, apesar de não serem muito bem aceitas na época.

Em 1824, a primeira Constituição Brasileira, previa a criação de um Código Criminal, e declarava expressamente o fim dos suplícios e das penas infamantes,

sendo disciplinado pelo artigo 179, parágrafo 19, que ficavam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.

O Código Criminal do Império reduzia o número de delitos punidos com morte de 70 (setenta) para 03 (três), quais sejam, a insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio. Não obstante, o elenco das penas ainda continuava grande, incluindo o degredo, as galés, o banimento e a multa. O artigo 45 previa a forca como execução da pena de morte.

Neste momento histórico de nossa vida, a prisão como pena substitui as penas corporais e mostra fortes indícios de sua futura supremacia sobre as demais modalidades punitivas. Também a prisão com trabalho foi cominada, com o escopo de se aproveitar a mão-de-obra gratuita dos encarcerados.

A Proclamação da República foi outro marco para o Direito Penal, e trouxe como resultado a edição do Código Penal de 1890. O Decreto 774/1890, que antecedeu o novo estatuto penal, aboliu as galés, reduziu a 30 (trinta) anos o cumprimento da prisão perpétua, instituiu a prescrição das penas, e mandava computar na pena o tempo da prisão preventiva (detração penal).

Um ano mais tarde era abolida completamente de nosso ordenamento jurídico a pena de morte, ato realizado através da Constituição da República de 1891, que em sua declaração de direitos, estabelecia que ficava abolida a pena de galés e de banimento judicial. A pena de galés sujeitava o réu a andar com uma corrente nos pés, juntos ou separados, e a empregarem-se em trabalhos públicos, ficando à disposição do governo provinciano.

Cumpre-nos destacar a distinção feita pelo Código Criminal do Império que definia o banimento, em seu artigo 50, como privação perpétua dos direitos de cidadão e de habitação em território nacional. O degredo, como dispunha o artigo 51, obrigava o condenado a morar em lugar definido em sentença, lá ficando, também por tempo determinado. O artigo 52 cominava o desterro que obrigava o réu a sair das cercanias do local do crime, de sua residência e da residência do ofendido.

O elenco das penas, agora exclusivamente baseado na privação da liberdade, distinguia a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar aos menores de 21 (vinte e um) anos, medida de acordo com a gravidade da infração praticada. Não obstante, permaneciam em vigor o banimento, a interdição, a perda do cargo público e a multa, todas como penas autônomas.

No período da Segunda República, a Carta Magna de 1934 suprimia as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, exceção feita à pena capital em caso de guerra declarada, sempre constante nas legislações nacionais. Assim estava disposto no artigo 113, parágrafo 29 da *Lex Fundamentalis* de 1934: “não haverá pena de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro”.

A Constituição Federal de 1934, veio consagrando várias garantias processuais em matéria penal. Sob a influência notória da escola Positivista e com as garantias trazidas pela lei maior, em 1935 o projeto do Desembargador Virgílio de Sá Pereira ganhou o *status* de Código Criminal, porém, nunca entrou em vigor.

Examinava a Lei a ofensa à sociedade também sob o prisma das condições físico-psíquicas do agente, adotava a pena e a medida de segurança, além da Relegação, uma espécie de pena indeterminada para substituir a pena de morte e a de caráter perpétuo. Esta pena de Relegação, possuía natureza condicional, pois seria aplicada ou não, dependendo do comportamento do delinqüente, após cumprida a pena de prisão. A pena, quando necessária, seria aplicada cumulativamente à pena privativa, retirando o sujeito do meio social até a sua total recuperação.

Em 1937, novas mudanças na área política geraram influências na legislação penal pátria, desta vez de uma maneira bem mais marcante que toda discussão teórica sobre a finalidade da pena. Esta nova “*Lex Fundamentalis*”, outorgada sob a égide de um poder autoritário e militar originário do Estado Novo, fechou o Congresso Nacional e novos crimes foram instituídos, principalmente os de caráter político, sendo a estes, inclusive, cominado a pena de morte. Vivia-se o triste retorno desta modalidade de pena ao direito pátrio. O homicídio qualificado, bem como os delitos descritos na Lei de Segurança Nacional, por exemplo, a tentativa de desmembramento de um dos Estados Membros Federados, eram todos punidos com a pena máxima.

Os direitos e garantias individuais eram limitados pelo bem público e pela segurança do Estado. Foram criados tipos penais abertos, com a fixação de crimes vagos e incertos, submetidos à aferição do poder governamental, que vinham a demonstrar as tendências nacionalistas do nosso Estado.

Em 31 de dezembro de 1940, ainda com o Congresso Nacional fechado, o país assiste à publicação do novo Código Penal. Criado sobre o projeto basilar de *Alcântara Machado*, teve a nova legislação penal como seu principal redator o eminente jurista Nelson Hungria.

O novo Código Penal era caracterizado pelo excesso de tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia, que permaneceu fora das discussões e dos cursos jurídicos até o limiar dos anos 70 (setenta).

O Sistema de Penas permaneceu consolidado com sua base na pena de prisão, além da multa e outras penas acessórias, como a publicação da sentença, a interdição temporária e a perda de função pública.

Com o término da segunda grande guerra mundial, foi promulgada no Brasil a primeira e mais democrática de suas Constituições, no ano de 1946. Direitos e liberdades individuais foram restaurados, a pena de morte proibida, assim como o banimento, o confisco e a prisão perpétua.

O poder punitivo do Estado (*jus puniendi*) foi limitado, sendo consagrada formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Em 1963 foram criados os estabelecimentos aberto e semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Podemos conceituar este momento como um marco para o cumprimento das penas privativas de liberdade sob o sistema progressivo.

Com o repugnante golpe militar de 1964, não se trouxe nenhuma mudança substancial à lei penal, em que pese as prisões políticas, e as inacabáveis seções de tortura. A função finalística da pena sobreviveu a este descalabro, em contrapartida, é fato notório e incontroverso de que nada adiantava as garantias formais da legislação frente à ação da polícia armada e alimentada pela ditadura militar.

Foi outorgado em 1969 o Código Penal que teve o maior período de *vacatio legis* da história, sendo ele revogado em 1978, não tendo nenhum momento de vigência. Juntamente foi editada a nova Lei de Segurança Nacional, pela Junta Militar. Reaparecia a figura da pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 (trinta) anos para os crimes políticos. No mais, não havia maiores modificações no sistema de penas.

Vindo à tona como questão política relevante, a superpopulação carcerária foi combatida através de aprovações de leis e decretos que visava a solução do

problema. A questão foi encarada não como simples esvaziamento dos presídios, mas como uma forma de se criarem alternativas à pena privativa de liberdade.

Em 13 de dezembro de 1978 foi editada a Emenda Constitucional de número 11, coibindo novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento. Novos caminhos eram abertos às ciências penais como o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal. Era o retorno às discussões teóricas do crime e da pena como um fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático, isso graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental.

A reforma da parte geral do Código Penal de 1940, levada a efeito pela lei 7.209, de 11 de julho de 1984, foi longa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática. Foram abolidas as penas acessórias e o duplo binário, cominando a aplicação de pena ou de medida de segurança, esta última somente aos inimputáveis. A publicação da sentença, por seu caráter repugnante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação penal.

O artigo 32 do Código Penal Pátrio, depois da reforma elencou as penas, cominando a privação da liberdade, restrição de direitos e a pena pecuniária. Ainda na tentativa de atenuar os efeitos negativos da prisão, que ainda predominam no sistema, criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do sentenciado no cumprimento da pena. O livramento condicional e o “*sursis*” visam o mesmo fim.

Por fim, o atual Código Penal ganhou alicerce em 15 de outubro de 1988, quando foi promulgada a 7ª Constituição da República Federativa do Brasil, que foi chamada de “Constituição Cidadã”, elencando em seu bojo vários direitos e garantias individuais e coletivos, neste particular, proibindo a instituição de penas de morte, salvo em guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento (artigo 5º, inciso XLVII), bem assim, instituiu vários direitos e garantias inerentes às pessoas com liberdade cerceada, tais como, o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX). Sendo este o moderno pensamento, em relação à aplicação de penas em ordenamento penal.

2 FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL

A experiência secular veio demonstrar e comprovar cabalmente que a pena, além de representar um sacrifício cada vez maior para a sociedade, ocasiona, na grande maioria das vezes, efeitos altamente negativos e com resultados contrários aos que se esperavam. Diante disso tudo, o que vemos é o aumento com gastos com o sistema penitenciário, objetivando a melhoria das instalações exigida pela evolução das civilizações e pelo progresso, em contrapartida, o contato do recluso no ambiente carcerário, com elementos viciados, já corrompidos pelo sistema, perigosos e irrecuperáveis, vem trazer-lhe deformações em seu caráter, estigmas morais e perversões, o que o levará, sem dúvida, para o abismo, muitas das vezes perpetuamente.

Procurou-se evitar que os condenados a penas curtas ou que tivessem praticados delitos menores, cuja personalidade ainda não se mostrasse corrompida pelo vício e pela degeneração moral, ingressassem naquele ambiente promíscuo e contagioso, que é o sistema carcerário.

A penologia passou a encarar a prisão como a última das penas, a derradeira pena, a suprema coação exercida pelo Estado no exercício de sua tarefa de manutenção da ordem social. Que se tente, de início, a ação civil, através da execução forçada, do retorno ao estado anterior, da cláusula cominatória contratual, ou de quaisquer outros instrumentos admitidos pelo direito privado; que se usem as penalidades administrativas ou a interdição de direitos; a multa; a restrição de direitos. A restrição à liberdade, trancando o indivíduo em uma cela, só deve existir como imposição de uma necessidade jurídica incontornável, naqueles crimes de maior gravidade.

Qualquer um, que se encontre em sã consciência, raciocinando com lógica, poderá observar o imenso contra-senso que existe no fato de se querer readaptar um indivíduo à sociedade, promovendo a sua retirada, sua segregação, desta mesma sociedade. Difícil de visualizar, mas é assim que se tem feito, errado ou certo, o que acontece é exatamente isto.

“A pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo e ainda, o regime político a que está submetido”. São estes os dizeres do eminente jurista, professor René Ariel Dotti (1988, pág. 259).

A sanção penal constitui-se em uma instituição, à medida que se encontra inserida em um conjunto coerente de normas que regulam e punem os fatos sociais definidos como delituosos pelo mesmo conjunto de normas.

A pena como instituição social torna transparente o nível de evolução moral e espiritual atingido por uma determinada sociedade. Assim não seremos obrigados, em pleno ano dois mil, a ouvir o discurso do cadafalso utilizado em épocas anteriores, onde o condenado, momentos antes de morrer vitimado por seu carrasco, falava e abominava seu crime. Carregava também cartazes onde admitia sua culpa e era obrigado a declarar-se culpado e merecedor daquele castigo público.

Atualmente, como já explanado, existe uma grande preocupação por parte da Sociologia Criminal em se criarem novas formas de punir o delinqüente, e não unicamente, pelas chamadas instituições totais. Estas instituições, das quais conhecemos o cárcere, são aquelas que dominam e controlam por completo a vida das pessoas em todos os momentos de sua existência.

A evolução social atingida por um povo, além de se apresentar na maneira como é tratado, punindo aquele que comete o ilícito penal, caracteriza-se também ao verificarmos as razões, motivos e fins para os quais são aplicadas as sanções.

Várias foram as justificativas dadas, no decorrer da história para fundamentar e até mesmo legitimar a repressão da delinqüência, mediante a ação do Estado. Duas teorias genéricas resumem esta tentativa de atribuir uma finalidade à pena e lhe conferir legitimidade. São a teoria absoluta (retributiva) e a teoria relativa (prevenção especial e prevenção geral).

A teoria absoluta atribui à pena uma finalidade retribucionista, ou seja, a sanção penal deve visar a restauração da ordem atingida. Para o eminente penalista Julio Fabbrini Mirabete (1997, pág. 29), “a teoria absoluta tem como fim da pena o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica”.

Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, dar-se-ia com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. 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. Assim, todos os demais efeitos, quais sejam, intimidação, correção, supressão do meio social, nada teriam a ver com a natureza da pena.

A retribuição compreendia a proporcionalidade entre o mal praticado pelo criminoso e o mal que lhe era imposto pelo Estado, no caso a sanção penal, exigia um critério de “justiça”. A pena deveria representar o pagamento de um débito. Importante esta contribuição deixada pela teoria absoluta ou retribucionista: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Pensamento este já delineado e debatido nos idos de 1700, pelo consagrado e festejado jurista *Cesare Beccaria*, em seu pequeno grande livro, em seu ítem VI, onde nos traz sua teoria de proporção entre os delitos e as penas cominadas (1997, pág. 37).

A segunda teoria olha para o futuro, e não para o passado, o que nos faz lembrar a frase de Platão: “*Nemmo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*” (Pois ninguém que seja inteligente castiga porque se pecou, mas para que não se peque). Visa à prevenção social. Preconiza a pena como uma medida prática a fim de impedir a prática delituosa. Destarte, pode-se dividir esta teoria em duas, cada qual considerando um dos aspectos da prevenção do crime.

Foi baseada nesta teoria que surgiu a Escola Sociológica do Direito Penal, em fins do século XIX, que teve em *Fraz Von Liszt*, um de seus paladinos, enfatizando as três grandes finalidades da pena: a) afastar o delinqüente para que não cometa mais delitos, promovendo sua “ressocialização”; b) tranquilizar a sociedade, mediante o afastamento de seu seio, de um elemento perigoso; c) intimidar os que têm tendências para o crime.

Existe ainda uma terceira teoria, que dispõe que a pena surge ante uma necessidade de prevenção geral, conforme apresenta *Anselmo Von Feuerbach*, seu fundador. Entendia o nobre estudioso que a punição do crime serviria para reprimir impulsos criminosos existentes em todos os homens. Para o autor citado, a imposição da pena teria como fim único a ameaça penal, sendo este o seu escopo principal. Pois, ao punir o criminoso, o Estado, titular do “*jus puniendi*”, demonstra à sociedade que os dispositivos do Código Penal em vigor, são realmente aplicados, sendo os violadores punidos pelo delito praticado, dando à sociedade a resposta pela punição aplicada. A ameaça através da pena, teria seu sentido como a mais enérgica espécie de coação psicológica.

Nos dias de hoje, a pena se eximiu do caráter de retribuição e engloba a finalidade das duas derradeiras teorias.

Primeiramente fala-se em Prevenção Geral, servindo esta como advertência a todos os integrantes da comunidade que o Estado, através de seu aparelho repressor, está vigilante e atuante. Para ilustrar tal afirmação, vale ressaltar o aforismo jurídico, oriundo dos tempos de Roma, que diz: “a certeza da impunidade constitui o maior estímulo ao crime”. Sem sombra de dúvidas, a impunidade é a carta convite para que o delinqüente continue a lesionar a norma penal. Um Estado fraco e despreocupado com a aplicação da lei penal, é o maior incentivo à criminalidade, o que poderá a se tornar incontrolável e desmedido, atingindo-se assim um caos social.

A pena, então, deve intimidar e incutir o medo nas pessoas, e para que isso seja atingido, duas providências devem ser tomadas, ou seja, o agravamento das cominações legais e a execução exemplar da sanção penal.

Na Prevenção Especial, o intuito do Estado é de afastar do convívio social o indivíduo que delinqüiu, com o objetivo de não haver reincidência.

A despeito do que foi dito com relação à prevenção geral, a especial visa impedir a ação criminosa mediante uma atuação dirigida ao apenado. Tal escopo é perseguido pela intimidação do delinqüente ocasional, reeducação do criminoso habitual “corrigível”, ou tornando inofensivo aquele que se demonstra incorrigível.

Em uma última etapa, a Readaptação Social, que visa dar assistência profissional e educacional aos reclusos, para que se tornem recuperados, elementos úteis, tolerantes e produtivos aos olhos do sistema. Este seria o ápice na execução penal, mas, infelizmente, e por motivos dos mais diversos aspectos, o que ocorre é bem diferente do que se preleciona.

Esta é a moderna concepção de pena no Direito Penal atual, preceitos estes adotados pelo nosso Código Penal, após a reforma de sua parte geral, no ano de 1984.

A evolução prática dos conceitos e a direção das legislações atuais, concebem a pena como um conjunto de meios e fins. O fim ou a finalidade da imposição da sanção penal, não deve, portanto, se esgotar no castigo somado à restauração da ordem jurídica (caráter retributivo) como pretendem alguns. Sobrevivem no meio jurídico, muito por culpa da legislação pátria, a finalidade retributiva e a preventiva, contendo esta última a ressocialização do delinqüente.

Nestes moldes são os preceitos elencados no artigo 59 do Código Penal Pátrio e artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Código Penal Brasileiro)

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**. (Lei 7210/84) (grifei)

Devemos tratar a ressocialização não no sentido de reeducar o condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim com o caráter de reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o criminoso possa retornar ao convívio social sem nenhum trauma ou seqüela que impeça que, após o cumprimento da pena, tenha uma vida normal. Sem estas condições, o resultado da aplicação da pena tem sido, invariavelmente, imprevisível, na realidade o que ocorre em nossos presídios não merece destaque neste trabalho, pois o rechearia de aberrações que, infelizmente ocorre em nosso sistema carcerário, desde a corrupção de agentes públicos, até o abuso sexual de detentos, fatos estes corriqueiros em nossos presídios. O que ocorre, na grande maioria dos casos, é a reincidência, obedecendo ao velho dito popular “o bom filho à casa volta”.

Neste sentido, atribui-se à pena uma função social, seja esta a de criar possibilidades e meios de participação nos sistemas sociais. Este é o significado sociológico da função de ressocialização atribuída pelo direito positivo à execução das penas privativas de liberdade, e que mais ainda se torna claro, com a aplicação de medidas alternativas à prisão, como por exemplo, o disposto na nova legislação que modificou dispositivos do Código Penal com relação a aplicação de penas e medidas alternativas à prisão.

Ressalte-se que a reforma penal de 1984 trouxe, juntamente com a Lei de Execução Penal, em seus artigos 4º e 61, VII, uma alusão à finalidade ressocializadora da execução penal ao convocar a sociedade para uma efetiva participação e cooperação no processo executório. Essa ressocialização, como reintegração social, é denominada como processo de diálogo entre o Estado e o

criminoso, à medida que a sociedade passa a fazer parte e acompanhar a execução da pena.

Vejamos o que nos diz o artigo 4º da Lei 7210/84:

Art. 4º - O Estado deverá recorrer à **cooperação da comunidade** nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.
(grifo nosso)

Agora o disposto no artigo 61, em seu inciso VII, da mesma lei:

Art. 61 - São órgãos da execução penal:
I - O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;
II - o Juízo da Execução;
III - o Ministério Público;
IV - o Conselho Penitenciário;
V - os Departamentos Penitenciários;
VI - o Patronato;
VII - o Conselho da Comunidade. (grifo nosso)

O eminente jurista René Ariel Dotti, comenta que a participação da sociedade na execução pode mitigar e suavizar a “pena de rejeição”, atípica nos ordenamentos positivos, mas de dramática realidade nos costumes do povo.

A análise da sanção penal encontra-se intimamente ligada à observação da organização estatal e política a que se encontra submetido um povo, no Brasil, com a instituição do regime democrático de direito, a partir da *Lex Fundamentalis* de 1988, não se pode olvidar os princípios decorrentes desse Estado que devem nortear a elaboração e aplicação da legislação penal.

Analisando todos estes princípios, não podemos aceitar que a pena tenha somente finalidade retributiva, ainda que esta retribuição seja jurídica, eis que a sanção deve ter uma função construtiva, direcionado para a solução dos problemas sociais. Nos limitarmos somente na vingança pública, não importaria em efeito benéfico algum para a sociedade.

Outras teorias surgem, com o intuito de explicar o fim da sanção penal, dentre elas, resultou a teoria da prevenção geral positiva, oriunda da fracassada tentativa de unificação entre as teorias absoluta e relativa.

Para esta corrente, o Direito Penal deve cumprir a sanção penal, uma função ético-social, que garanta a vigência de reais valores jurídicos, sem prejuízo da

função protetora dos bens jurídicos. Deste modo, ao prescrever sanções punitivas àqueles que violarem os valores fundamentais da ética social, o Direito Penal expressa a vigência de tais valores, além de fortalecer sua atitude de fidelidade às normas, vale dizer, ao Direito. É a pena, ao ser cominada e aplicada, que reafirma a vigência da norma, a existência de valores, além de caracterizar a posição do Estado em relação ao Direito.

As divergências não terminam por aí, entre os adeptos da teoria da prevenção geral positiva, quanto à existência de outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de conformar a vigência de uma norma. Surge então uma subdivisão da teoria em análise. Uma denominada fundamentadora e outra limitadora.

Em se tratando de prevenção geral positiva limitadora, define-se como fim da pena, acrescentando um limite ao Poder Punitivo do Estado. Em contrapartida para a teoria fundamentadora, o escopo pretendido com a aplicação da pena e, única e exclusivamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos. Para a teoria limitadora esta finalidade deve ser restringida pelos princípios de intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, fundamentando que os “*Jus Puniendi*” do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, fazendo impor de forma coativa, determinados padrões éticos.

Diante de todo este complexo de teorias que visam explicar e definir a finalidade da sanção penal, o que podemos vislumbrar é um distanciamento entre a realidade carcerária em nosso país, em confronto com a bela e utópica realidade doutrinária, que, não passa da letra fria, esposada somente no papel.

Analisando nossa legislação podemos verificar a presença das duas principais teorias, retributiva e preventiva, prescrevendo o Código Penal Brasileiro, de forma inédita em nossa história legislativa, a finalidade da pena, previsão esta expressa, constante do artigo 59, *caput, in fine*, da lei substantiva penal, bem como artigo 1º da Lei de execuções Penais, artigos estes anteriormente citados.

3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA PENA

O eminente jurista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Dr. Antônio José Miguel Feu Rosa, em sua obra *Direito Penal: Parte Geral*, descreve as características essenciais da pena, o fazendo com muita propriedade e brilhantismo, conforme se verifica abaixo.

A pena deve ser proporcional ao crime – findaram-se crueldades inomináveis e absurdas condenações à morte por delitos insignificantes; a falta de critério que existia para se estabelecer qualquer espécie de castigo, bem como o tempo de duração da pena. Um dos mais fervorosos defensores da proporcionalidade entre o delito e a pena, foi o festejado e iluminado jurista italiano *Cesare Beccaria*.

Deve a pena ser pessoal – consagra o princípio da individualização da pena, representando um dos mais importantes avanços na concepção científica da sanção penal. Ao fixar a pena o juiz deve analisar as condições pessoais de cada criminoso, principalmente sua periculosidade. Não pode ser tratado com os mesmos parâmetros um criminoso habitual, reincidente, com uma pessoa que, por uma infelicidade senta-se no maldito banco dos réus. Cada caso se apresenta com suas peculiaridades. A pena é a única sanção no direito que somente deve ser cumprida pela própria pessoa do criminoso, sendo intransferível literalmente. Não pode jamais passar da pessoa do criminoso, como ocorria antigamente, ocasião pela qual a pena também atingia a família do sentenciado.

Deve a pena ser legal – somente terá valor e gerará efeito a pena oriunda de uma sentença prolatada por juiz competente para tal ato, obedecendo todas as formalidades legais. Toda a pena deverá estar expressamente prescrita em lei, cominada. Não poderá haver pena por analogia, aplicada à critério do julgador.

Deve ser igual para todos – tanto na hora da condenação quanto no período de seu cumprimento, os condenados devem receber o mesmo tratamento, sujeitando-se aos mesmos regulamentos e à mesma disciplina carcerária, independentemente de raça, cor, credo, profissão, condição social, etc.

A pena deve ser, o máximo possível, correccional – dentre outras funções, a pena é, sobretudo, instrumento de defesa social. Deve o Estado exercer todos os esforços para tentar corrigir o condenado, criando-lhe novos hábitos e aptidão para o trabalho. A pena deve ser proporcional, não ao crime, mas à periculosidade do

delinqüente, servindo-lhe de eixo a preocupação do Estado moderno, de estimular os recuperáveis.

Esta é a razão de ter acabado, no Brasil, as penas infamantes, humilhantes e desonrosas. De acordo com o Direito atual, só são consideradas as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e as patrimoniais.

4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Durante a evolução dos tempos, vários sistemas penitenciários foram sendo constituídos, até se chegar ao que temos hoje em dia.

A aplicação da pena de prisão, como sanção autônoma, demorou muito a surgir na história do Direito Penal, prevalecendo até então, com raras exceções, sua imposição como fase preliminar das penas corporais, principalmente a de morte.

Nos tempos antigos o emprego da pena privativa de liberdade era por demais restrito, tendo alguns poucos exemplos, dentre os quais, algumas condenações à prisão de ladrões, impostas pelo Rei dos Longobardos, no ano 720 da Era Cristã, e a cominação de pena de prisão, por tempo indeterminado.

A igreja teve significativo papel na implantação da pena privativa de liberdade, como já demonstrado. Fora da igreja, ainda na idade média, com o crescimento das cidades, surgiram as ditas casas de trabalho e as de correção, sendo destinadas a mendigos e vagabundos.

Em 1552, introduziu-se na Inglaterra, em Bridewell, por iniciativa de protestantes, um alojamento, que em 1575, denominou-se *House of Correction*, sendo obrigatória por lei, a partir do ano seguinte, a existência destas casas em todos os Condados. Destinavam-se aos desocupados e desordeiros, com o intuito de fazê-los ganhar para seu sustento, recupera-los pelo trabalho obrigatório, evitando que outros indivíduos viessem se dedicar à vadiagem.

Em 1558 foi instituída a prisão de Nuremberg e em 1595 criou-se, em Amsterdã, uma casa de correção nos moldes acima descritos, sendo que no ano de 1596, inaugurou-se a primeira no gênero para mulheres.

Aos poucos estas instituições foram se espalhando por todo velho continente, vindo surgir em 1609 e 1629, prisões em várias cidades da Alemanha, dentre as quais Bremen, Lubek, Osnabuck e Hamburgo. Foi construída na França, no ano de 1656, a primeira instituição para vagabundos e mendigos, sob as influências das idéias expostas em relatórios do Abade Jean Mabillon, intitulado de *“Reflexions sur les prisons des ordres religieux”*.

A obra de Mabillon é tida por muitos estudiosos como um germe remoto do Direito Penitenciário, uma vez que serviu de diretriz para o tratamento dos presos e inspirou as idéias de uma boa política penitenciária.

No século XVIII, com o aumento da criminalidade, apesar da difundida utilização da pena de morte e pelas tensões sociais que exigiam novas formas de punição, difundiu-se amplamente o uso da pena de prisão. Em 1703, foi construído em Roma, pelo Papa Clemente XI, o Hospício de São Miguel para menores incorrigíveis, importante obra na história da arquitetura das prisões, pela forma como as celas eram dispostas.

Deixa o corpo de ser alvo de repressão penal, cedendo lugar ao controle e domínio da alma através da correção e da disciplina.

Na Inglaterra, o estudioso John Howard, apóstolo da humanização das prisões, nomeado *Sheriff* do Condado de Belfast, em 1772, muito impressionado com a situação de várias prisões em que visitou, dedicando-se, incansavelmente à luta pela melhoria dos cárceres, publicou em 1776, "*The State of prison in England and Wallles*", cujo sucesso influenciou a origem dos "*Howard's Acts*", que beneficiavam os presos, atribuindo-se a esse humanista, também a elaboração do projeto das "*Penitentiary Houses*". Sem dúvida alguma, foi sob a influência destas obras que surgiu a nova filosofia penal.

Na América, inconformados com o rigor das leis britânicas, aplicadas pelo Rei Carlos II, serviram de orientação para, após a independência, a partir de 1776, ocorresse uma profunda alteração na forma punitiva, muito por culpa da grande pressão da sociedade americana, voltada à defesa dos direitos dos presos. Graças a essa sociedade foram abolidos trabalhos forçados, açoites, mutilações e a pena de morte somente era usada para os homicídios dolosos.

Foram construídas novas prisões na Pensilvânia, denominando-se a partir daí de penitenciárias. Tem-se neste momento o nascituro do Sistema Penitenciário.

Sob o ponto de vista histórico, pode-se afirmar que, para a execução das penas privativas de liberdade, surgiram três sistemas principais penitenciários: o de Filadélfia, ou Belga (também denominado de Pensilvânico, por outros autores, dentre eles o eminente professor Álvaro Mayrink da Costa); o de *Auburn*; e o *Inglês* ou PROGRESSIVO, tema central deste estudo.

4.1 SISTEMA DE FILADÉLFIA OU BELGA (PENSILVÂNICO)

Tinha como princípio basilar o isolamento em celas individuais, evitando-se assim a promiscuidade, fazendo com que os indivíduos meditassem sobre seus crimes com o objetivo de melhora, permitiam-se, quando muito, passeios isolados pelo pátio celular, e única leitura permitida era a da Bíblia, como sendo um estímulo ao arrependimento. As cartas eram proibidas, não podendo nem receber, tampouco escrever.

Iniciado em 1790, para uns, e em 1817, para outros, por influência dos Quakers, na penitenciária de *Walnut Street Jail*, na Pensilvânia, sendo após adotado também na Bélgica, daí a nomenclatura.

Segundo nos ensina *Álvaro Mayrink da Costa* (1996) a Penitenciária de *Quest* (*Western Penitentiary*), criada em 1828, em *Alleghany*, a oeste da Filadélfia, na Pensilvânia, era um estabelecimento de regime celular, ficando os apenados fechados em suas celas, separadas completamente do mundo exterior e mesmo entre eles próprios. Após alguns anos de experiência, os detidos foram autorizados a trabalharem dentro de suas celas.

A grande influência da solidão permanece nefasta ao estado psíquico dos detidos, havendo inúmeros casos de loucura.

O trabalho era proibido, para que a energia e todo o tempo do preso fossem utilizados na instrução escolástica e serviços religiosos, acreditando ser esta a forma mais adequada de exercer o domínio sobre os criminosos. Posteriormente, este sistema foi se atenuando, adotando-se o *Setarate System*, em que o preso podia receber a visita de funcionários do presídio, diretores do estabelecimento, médicos, religiosos, pastores ou sacerdotes. Realizava algumas tarefas e, por dispositivo especial, assistia dali mesmo ao um culto religioso e aulas, quando necessitasse o preso de instruções religiosas específicas.

Com o desenvolvimento do sistema, foi-se permitindo o trabalho, só que somente durante o dia e em silêncio total, somente para quem cometeu delitos sem maior gravidade ao meio social.

Tantas foram as modificações, que esse estabelecimento penal atraiu a atenção de todos, e o que ali se realizou foi denominado de sistema penitenciário. Tornou-se, desta forma, diferente das demais prisões, onde ainda reinava a

promiscuidade, sendo que tal discrepância motivou a realização de diversos congressos e seminários para que os estudiosos debatessem a real situação dos presos.

Na verdade a denominação sistema penitenciário dada ao presídio de Walnut Street Jail, foi entendida no sentido de substituição da pena de morte pela de prisão, eis que ali eram recolhidos os apenados com prisão perpétua, em substituição da pena de morte.

A rigor não existia um verdadeiro sistema penitenciário. Esta expressão traduzia a vontade de se ter um sistema, sendo isto o impulso inicial para a execução da pena de forma sistematizada. O primeiro passo para se chegar a este propósito, foi a tentativa de resolver a questão da promiscuidade, com a separação dos presos quanto ao sexo, idade, condenados e os que aguardavam julgamento, gravidade do delito e, finalmente, sendo adotado em algumas prisões, programa diário do preso.

Todo exagero dessas idéias acabou por transformar o condenado em objeto do sistema, sendo, por muitas vezes, negada sua condição de ser humano.

Esse sistema de isolamento foi amplamente elogiado, sob o ponto de vista da separação individual dos sentenciados, impedindo assim a corrupção entre eles, do conluio para fugas ou ainda promoção de rebeliões. Também conquistou alguns adeptos tendo em vista a pequena quantidade de pessoal para o trabalho, pelo efeito intimidativo que exercia sobre os delinqüentes e para a coletividade, bem como pela facilidade de se manter a higiene.

Todavia, este sistema prisional foi muito criticado, pela sua severidade e também porque não levava à readaptação social do condenado.

Na América foi abolido por definitivo em 1913, mas seus vestígios ainda são encontrados em vários países.

4.2 SISTEMA DE AUBURN

Consistia no trabalho diurno em comum, mas em silêncio, e o isolamento celular durante a noite.

Também chamado de *Silent System*, surgiu em 1818, nos Estados Unidos, cidade de Auburn, advindo como resultado das críticas de pura prisão celular.

Começou a funcionar em uma ala de 80 (oitenta) celas na Penitenciária de Auburn, dirigida por Elan Lynds, mais tarde diretor da Penitenciária de Sing-Sing, homem muito inteligente, mas muito rígido, considerava os presos psicologicamente defeituosos, classificando-os como “selvagens, covardes e incorrigíveis”.

Elam Lynds estabeleceu de forma clara as características do sistema Auburniano. Segundo ele, inicialmente os presos poderiam trabalhar nas celas, passando posteriormente a fazê-lo em grupos, impondo-se, porém, a regra do silêncio, o que na prática, acabou não funcionando. Aboliu o isolamento absoluto, obrigando o trabalho durante o dia sob a lei do silêncio e a segregação noturna para evitar a corrupção moral dos costumes.

O ponto fraco desse sistema foi a imposição do silêncio absoluto, embora muitos autores afirmem sua eficácia no tocante à emenda dos condenados. Mereceu críticas também porque proibia a visita de familiares, não valorizava o lazer tampouco exercícios físicos, assim como desprezava a instrução dos presos.

A forma de comunicação com as mãos existente até nos dias de hoje nas prisões, formando através de sinais, um alfabeto, o sistema de batidas na parede ou canos de água, tiveram sua origem dessa imposição de lei do silêncio.

Segundo registros, no prazo de um ano, cinco apenados morreram e vários tornaram-se loucos furiosos. A loucura e a tuberculose caracterizavam o antagonismo imediato do sistema. Enquanto tal sistema é da preferência dos americanos, o anteriormente citado (Sistema Pensilvânico), era o mais adotado na Europa.

O grande precursor da humanização do tratamento dos presos e um dos maiores críticos do Sistema de *Arburn*, foi o Coronel Manoel Montesinos Molina, que em 1834, na Espanha, colocou em prática suas idéias, defendendo o sentido reeducador e o de readaptação da pena, quando nomeado o diretor do presídio de *San Augustin*, na cidade de Valência. Condenando a exploração dos presos, defendia arduamente a remuneração pelo trabalho dos reclusos, implantando variadas oficinas, pagando o que ali era produzido; criou o pecúlio a ser usado no início da vida do apenado ao atingir sua liberdade, aliás matéria muito interessante, que deveria ser melhor estudada por nossos legisladores; aboliu os castigos corporais, pois os considerava humilhantes, perniciosos e funestos, impedindo a

imposição arbitrária de castigos por parte de funcionários do sistema, antecipando-se as garantias da execução penal defendidas nos dias de hoje.

Procurou inculcar o respeito à pessoa do preso e desenvolver o senso de responsabilidade em cada um dos condenados, chegando a conceder permissões para saídas, ultimou reformas no presídio, que funcionava num velho convento, transformando-o numa casa limpa, cômoda, sem meios especiais contra a evasão, sendo desprezível o número de fugas, apresentando uma forma arquitetônica que o tornava semelhante às prisões de segurança mínima. As regras ali estabelecidas são consideradas por muitos como sementes dos regulamentos penitenciários e legislação de execução penal nos dias de hoje.

Após os sistemas citados, surge a idéia de combinação de regimes, partindo-se do mais severo para o mais suave, surge, então, o SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, que não passava de uma sucessão organizada de regimes. Ocorrem, desta forma distintas etapas, as quais o condenado deve percorrer até sua completa reintegração social, ficando tudo condicionado ao binômio conduta-trabalho.

4.3 SISTEMA PROGRESSIVO

Cabe a este sistema inglês, posteriormente modificado por Walter Crofton, a maior importância pela evolução apresentada dos sistemas penais, mais importante ainda porque inspirou o nosso modelo de execução penal de forma progressiva, grande conquista dos povos modernos.

Teria o sistema progressivo surgido na Espanha, na abadia de *Montesinos*, e na Inglaterra no século XIX, com o capitão da Marinha Real Inglesa, Alexander Maconochie, ao publicar em 1838, "*Thoughts on convict management*", obra que relacionava a duração da sentença e as condições da prisão ao bom comportamento do condenado, sendo assim criado o "Mark System", marcas ou pontos que segundo muitos autores possui nítida semelhança com o sistema de remição adotado pelo sistema penal brasileiro. Foi utilizado pela primeira vez em 1840, na colônia penal de

“*Norfolk*”, mudando a vida dos presos vindos da Inglaterra em condições deploráveis, sendo que alguns dos apenados morriam durante a viagem.

Segundo diferentes concepções, Sydney é uma cidade fundada por prisioneiros, uma vez que a Austrália foi escolhida pela Inglaterra como local ideal para a construção de vários presídios, enviando para lá a maioria de seus condenados.

Em rigor a origem deste sistema não foi definitivamente esclarecida. Ao que nos parece, foi realmente iniciado por *Maconochie*, possibilitando a cada preso melhorar sua situação e diminuir a duração de sua pena, sendo completada por *Crofton*, acrescentando a série de estágios de melhoria progressiva, com meia-liberdade e o livramento final sob vigilância (atual livramento condicional).

A duração da pena não dependia apenas da sentença condenatória, mas da gravidade do delito e do aproveitamento que o preso demonstrava pelo trabalho e boa conduta, sendo recompensados com vales diário, deduzindo-se pelo mesmo processo as despesas de manutenção e as faltas cometidas. Ao obter um certo número de marcas, era posto em liberdade. O aperfeiçoamento moral do condenado deveria decorrer de sucessivas fases alcançadas pouco a pouco. Era dupla, portanto, sua meta: estimular a boa conduta e a adesão do recluso ao regime e despertar-lhe o ânimo para alcançar, de forma paulatina, a sua total regeneração moral, sendo preparado para sua futura vida em liberdade. A vida carcerária dos reclusos estava em suas próprias mãos, podendo, segundo sua conduta carcerária, progredir ou regredir de regime.

O tempo de cumprimento de pena era dividido em três períodos: no primeiro, chamado de prova, o isolamento celular era completo, visando a meditação do preso pelo seu delito praticado (Regime Pensilvânico). Recebia a visita de funcionários da penitenciária que o influenciavam com idéias moralizadoras, o auxiliando em sua recuperação.

O segundo período era o mais extenso, o maior da pena. Começava com a permissão do preso de trabalhar junto com os demais em silêncio, impondo-se o isolamento noturno (regime Alburniano). Depois de algum tempo, era transferido para as chamadas “*public work-houses*”, com maiores vantagens. Esta fase era dividida em quatro classes, e de uma para a outra melhorava as condições de sua vida carcerária.

No terceiro período o prisioneiro obtinha o *“ticket of leave”*, ou benefício condicional, sendo concedido para aqueles que mostravam condições de usufruir da liberdade antes do término da pena.

Tal forma de execução de pena foi muito bem recebida, passando a vigorar em diversas prisões da Inglaterra, daí o nome de Sistema Progressivo Inglês.

4.4 MODELO PROGRESSIVO IRLANDÊS

O regime progressivo foi introduzido pela primeira vez na Irlanda por Walter Crofton, antigo oficial da Marinha, em 1854. O sistema não visa somente a melhora das condições de vida dos detidos, mas também, a principal preocupação do sistema era a reintegração progressiva do recluso no seio social.

O primeiro estágio durava nove meses de isolamento celular. Posteriormente os presos eram enviados para a execução de obras públicas, aplicando-lhe o critério de marcas ou pontos, pelo qual evoluía por cinco classes, podendo acelerar seu progresso pelo seu bom comportamento e exemplar dedicação ao trabalho. O terceiro estágio era uma espécie de teste para a liberação. Não havia vigilância e supervisão nem medidas disciplinares nas colônias agrícolas ao ar livre, podendo, no entanto regredir as etapas anteriores caso suas atitudes exigissem, ou obter o *“ticket of leave”*, a liberdade condicional por mérito, cabendo revogação pelo mau comportamento.

O sistema irlandês progredia, assim de acordo com o ganho de vales merecidos e compreendia quatro períodos. O penal, cumprido na cela; da reforma, com isolamento noturno e reunião durante o dia para o trabalho e o ensino; intermediário, com trabalho em comum, usando roupas civis e desempenhando alguns encargos externos como trabalhadores livres, tendo como única obrigação pernoitar no estabelecimento; liberdade provisória, que se tornava definitiva pelo bom comportamento.

Este modelo de execução difundiu-se rapidamente. O livramento condicional como sendo um estímulo ao condenado, aos poucos, nas legislações modernas,

influenciando notadamente as modificações posteriores dos regimes americano e europeu, repudiando por completo o sistema celular absoluto.

4.5 OS REFORMATÓRIOS E OS BORSTAL

Com o sistema progressivo começaram a ocorrer a aparição dos reformatórios na América, obedecendo as conclusões advindas do Congresso de Cincinnati de 1870, que estabelecia a importância da reeducação dos delinqüentes na execução de pena, determinava a adoção do sistema de marcas em todos os estabelecimentos e aconselhava a substituição das penas de duração determinada por outras cuja duração dependeria dos resultados obtidos pelo tratamento imposto e dos esforços do condenado.

No ano de 1876, no Estado de Nova Iorque, foi aberto o estabelecimento penal de *Elmira*, sendo previsto por uma lei de 1869. Tratava-se de uma casa de correção com assento sobre a educação dos apenados. A prisão de Elmira é considerada o primeiro reformatório. O apenado entrava no estabelecimento não para pagar a sua pena, mas para melhorar. Com a criação do sistema de Elmira, a reação curativa contra a criminalidade se incorpora mais claramente na Política Penitenciária.

É em Elmira que se aplica pela primeira vez o sistema de penas indeterminadas, que tornou-se a característica dos reformatórios americanos, inaugurando-se a medida de segurança. Cria-se o sistema unitário (pena e medida de segurança). O liberado era colocado em liberdade quando encontrava um emprego satisfatório à juízo do superintendente da instituição.

Os reformatórios eram estabelecimentos especiais, recebiam somente jovens de 16 (dezesesseis) a 30 (trinta) anos, primários. Após a classificação, aplicavam-se o sistema de marcas ou vales, sendo o interno sempre recompensado pelo trabalho, boa conduta e instrução moral e religiosa. O aprendizado profissional e os exercícios físicos eram obrigatórios, e ao obter o livramento condicional o liberado recebia um pecúlio para as primeiras necessidades na vida em liberdade.

A boa acolhida nos Estados Unidos e a separação que se fazia entre os jovens e os delinqüentes adultos, reincidentes e profissionais, serviu de incentivo para a criação de outros estabelecimentos do mesmo gênero.

As principais características dos reformatórios eram: a) a limitação da idade dos apenados (16 a 30 anos); b) serem primários e a condenação ser relativamente indeterminada; c) a utilização de vales semelhantes ao sistema de *Maconochie* e sua concessão no caso de boa conduta. Sua criação declina depois de 1910.

Nos anos de 1910 a 1920, o prestígio dos reformatórios foi decaindo, tendo em vista o exagero da severidade e a impossibilidade de ser aplicado ao todos os delinqüentes, funcionando mais como prisão de segurança máxima, onde a imposição de castigos corporais era a regra e a reforma moral cada vez mais distante do pretendido, o que tornava os jovens cada vez mais deprimidos e desgastados pelo sistema.

Surge então a simpatia pelos estabelecimentos penais abertos, influenciado pelos ótimos resultados obtidos na Europa, mais precisamente na Suíça.

Enquanto nos Estados Unidos eram utilizados reformatórios para os jovens delinqüentes, na Inglaterra surgiram os *Borstal*, com os objetivos idênticos ao modelo americano, sendo resultado de diversas conferências e seminários ocorridos com relação no campo penitenciário, após os relatórios apresentados pela comissão departamental das prisões, criada na Inglaterra no ano de 1893.

Com a reprovação de forma generalizada ocorrida na prisão de *Borstal*, com relação ao tratamento dos adolescentes, uma ala daquela prisão foi destinada no ano de 1902, ao tratamento dos presos com idade entre 16 (dezesseis) a 21 (vinte e um) anos, sendo que após alguns anos, por volta de 1908, por determinação do "*Prevention of Crime Act*", jovens de ambos os sexos, desde que após um exame prévio, se vislumbraria sua recuperação, foram recolhidos naquela prisão, com a instrução profissional e educação moral.

No ano de 1930, à título de experiência, *Alexsander Paterson* permitiu que um grupo de jovens saísse de um dos estabelecimentos fechados que integrava o sistema, e acampasse em um lugar diverso e distante da prisão, iniciando a construção de um novo lugar para eles morarem e para outros que para lá se encaminharam. Surgia ali o primeiro estabelecimento aberto do tipo *Borstal*, dando ensejo à construção de vários outros, muito bem sucedidos em com adaptações feitas de acordo com o pessoal recebido.

Com a evolução da ciência das prisões e a ciência penitenciária ao lado do direito penal, bem como da antropologia, biologia e criminologia, operou-se o desenvolvimento dos sistemas penitenciários, tratando-se o condenado não mais como objeto, mas como um ser humano, indivíduo paciente das funções da pena, isto é, paciente de recuperação. Priorizava-se agora as condições biopsicológicas dos condenados, sem desprezar, contudo, o uso do sistema progressivo para a melhor individualização da execução penal.

Segundo nos ensina o eminente jurista Armida Bergamini Miotto (1975, pág. 595 e 596) o panorama penitenciário atual é o seguinte:

- a) não existe apenas um sistema penitenciário, porém muitos;
- b) nenhum destes sistemas prescinde das contribuições dos sistemas anteriores; com efeito, eliminados os erros de cada fase da evolução, conservou-se, ainda que reelaborado, o que havia de positivo em cada um deles;
- c) não só de um país para outro pode-se observar diversidade evolutiva, como dentro de um mesmo país pode ocorrer que a diversidade de regimes dos vários estabelecimentos penais seja tal, que constitua verdadeiros sistemas diversos;
- d) dentro da noção atual de direito penitenciário, encontra-se o juiz com funções jurisdicionais;
- e) dentro de qualquer um dos sistemas penitenciários atuais, encontram-se os regimes diversos previstos e regulamentados na própria organização normativa do sistema; esses regimes estão intimamente relacionados com a especialização dos estabelecimentos;
- f) há sistemas penitenciários muito bem organizados normativamente, mas não são assim vividos, donde resulta que, apesar da sistematização **de direito**, o que existe **de fato**, é a ausência de sistema;
- g) no passado confundiu-se sistema penitenciário com arquitetura e aparelhagem de estabelecimento penitenciário, hoje a arquitetura e a aparelhagem servem ao sistema, devendo, pois, ser adequadas a ele; no passado o sistema decorria da arquitetura e da aparelhagem, enquanto que hoje uma e outra variam conforme variar o sistema.

Podemos observar que, apesar da obra do eminente jurista datar dos anos 70 (setenta), anterior à nossa lei de Execução Penal, suas conclusões são atualíssimas, refletindo a atual situação penal nas penitenciárias brasileiras.

5 O SISTEMA PROGRESSIVO NO BRASIL

Ante todos os modelos citados, o Brasil escolheu o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade, baseado no sistema Irlandês, não no original sistema inglês, mas com feições peculiares àquele sistema, sendo excluído o sistema de marcas ou vales.

O Código de 1940 adotou um sistema progressivo e não o sistema regressivo, construindo uma forma especial, flexível e realista, um sistema peculiarmente brasileiro.

Durante a vigência do Código Penal de 1940, a progressividade somente era aplicada aos reclusos, sendo vedada sua aplicação aos apenados com detenção. Possuía a detenção um regime “*sui generis*”, no qual o condenado não estava sujeito ao período inicial de isolamento celular, podia escolher o trabalho, inclusive o de natureza agrícola, que era reservado ao terceiro estágio das penas de reclusão.

Por outro lado, os apenados com reclusão, cumpriam todos os estágios da pena, sem haver, entretanto, a rigidez que lhe era peculiar, já que o Código fixou normas, que embora previssem as quatro fases daquele sistema, permitiam a passagem de um período para o outro de maneira branda.

Ab initio, o recluso deveria ficar sujeito a uma observação por parte dos encarregados da terapia penal, em isolamento celular absoluto, por um período não superior a três meses, dependendo de suas condições físicas, divergindo neste ponto do Código de 1890, que determinava a possibilidade do isolamento por até dois anos.

Apesar do abrandamento em comparação com a lei anterior, esse tempo foi considerado excessivo, malgrado a justificação do dispositivo legal, alegando que este isolamento, na realidade, não ocorria em razão das saídas do sentenciado para ser submetido aos inúmeros exames médicos, pedagógicos e assistir às aulas de instrução do regulamento do presídio, já que, na prática, isto nem sempre era o que acontecia.

A seguir passava a trabalhar em comum, dentro da unidade prisional ou fora dela, em obras ou serviços públicos, mantendo-se o isolamento noturno. Era aquele trabalho nas oficinas nos presídios, hortas, jardins, sendo abolido no sistema brasileiro a regra do silêncio durante o dia, regra esta imposta por *Crofton*.

Previo o Código de 1940 que, cumprido o apenado a metade de sua pena se esta não excedesse há três anos e um terço quando superior, poderia o apenado ser transferido para uma colônia penal ou estabelecimento similar, tendo ainda como requisito o bom procedimento carcerário.

O recluso não ficava só na dependência do cumprimento do tempo exigido na lei, como também a critérios subjetivos do diretor e de funcionários do estabelecimento prisional, prejudicando-se muitas das vezes esta transferência tão importante para a saúde mental e ponto crucial para a sua recuperação do sentenciado.

Admitia-se a suspensão condicional para a reclusão nos casos de condenados menores de 21 (vinte e um) anos e maiores de 70 (setenta), quando o tempo da condenação não ultrapassasse a 2 (dois) anos.

Tratando-se de penas de reclusão ou detenção não superiores a 3 (três) anos, o juiz poderia conceder livramento condicional, desde que satisfeitas as obrigações civis resultantes do crime, salvo na hipótese de insolvência do condenado, na ausência ou cessação de periculosidade, bom comportamento e cumprida mais da metade da pena, se primário, e mais de três quartos, se reincidente. Ocorre que na prática, vários problemas surgiram, na aplicação do previsto na legislação.

Aos poucos foi-se reconhecendo a necessidade e importância do cumprimento das penas privativas de liberdade de forma progressiva, por outro lado, a sua viabilidade dependia da construção de novos presídios, o que não foi cumprido por nenhum dos estados da federação.

Seguindo este ideal, cogitou-se a construção de penitenciárias menores, com capacidade para 500 (quinhentos) condenados, celas individuais, pavilhões de acordo com as atividades industriais, e áreas reservadas para o cultivo agrícola.

São Paulo foi o Estado que saiu na frente, com a construção da penitenciária de Araraquara, Pirajuí e Rio Claro, procurando integrar estes presídios regionais no programa de ampliação e reforma de sua rede carcerária.

Em Minas Gerais a Penitenciária Agrícola de Neves, criou excelentes condições de trabalho. A colônia penal agrícola da Ilha de Itamaracá, perto de Recife, passou a oferecer moradia para os internos, bem como suas famílias.

A Colônia Agrícola Manoel Ribas, no Estado do Paraná, foi considerada quase perfeita na aplicação do sistema progressivo.

A inércia por parte do Estado na construção de estabelecimentos prisionais adequados para o cumprimento da pena de forma progressiva gerou muita revolta no meio jurídico, com severas críticas por parte de juízes, promotores, advogados, delegados de polícia, entidades de classes, críticas essas enviadas à Comissão de Constituição e Justiça do Senado em 1973, reunida no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Muito pouco foi feito nesse sentido, em consequência disso não existem estabelecimento prisionais em número suficientes, e são muitos os que necessitam de reformas, o que comprometeu por demais a execução progressiva da pena privativa de liberdade.

5.1 AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E SEUS REFLEXOS NA PROGRESSIVIDADE

Restaurada a democracia em 1945, ratificada pela Constituição de 1946 e tendo em vista o clima de insatisfação com relação à execução penal, a consciência jurídico-penal brasileira exigiu uma reforma no sistema penal existente, o que não ocorreu de imediato.

Somente no início dos anos sessenta o Brasil partiu para a modificação de seus códigos, ficando a cargo do eminente Nelson Hungria a reforma do Código Penal. O Anteprojeto foi concluído em 1963 e publicado para receber sugestões.

O Anteprojeto foi transformado no Código Penal de 1969, através do Decreto-Lei nº 1004/69, denominado Código Penal da Revolução de 64.

Não houve muita mudança com relação às penas, mantendo-se as mesmas diretrizes do Código anterior, por este motivo, não foi bem aceito pelo mundo jurídico.

A luta pela modificação do tratamento dispensado aos condenados continuou e levou à elaboração de Projeto de Reforma, principalmente, no campo da aplicação da prisão albergue.

No ano de 1973 é editada a Lei 6016/73, cujo projeto de sua elaboração participou o saudoso professor Manoel Pedro Pimentel. Esta lei organizou um

sistema mais consentâneo com ideais penológicos modernos, possibilitando a introdução imediata do instituto do presídio aberto, com o estabelecimento da prisão albergue, remodelando a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, dentre outros itens.

Apesar da abordagem mais detalhada nesta lei, com relação ao cumprimento da pena privativa de liberdade, eram necessárias reformas mais profundas e determinadas. Pressionado por diversas manifestações de estudiosos de todo o território nacional, o governo da República editou a Lei nº 6.416/77, para a qual teve grande contribuição a Moção de Goiânia, de 22.09.73, que introduziu importantes modificações no Código Penal de 1940, dentre as quais: a) o sistema de observação e classificação do condenado; b) a criação de regimes para individualizar a execução da pena de prisão; c) o trabalho externo para a mulher; d) a remuneração do trabalho a fim de atender aos objetivos previstos na própria lei; e) os direitos e favores gradativos que passaram a ser reconhecidos formalmente e não em função de regimentos internos dos estabelecimentos penais; f) alterações no chamado sistema progressivo.

Com essas novas mudanças, o período de isolamento celular absoluto, imposto na primeira fase do cumprimento da pena, passou a ser facultativo; possibilitou o sistema de execução em três regimes: fechado, semi-aberto e aberto; permitiu ainda que, no início do cumprimento da pena se desse em regimes menos severos, dependendo do tempo da pena e da periculosidade do sentenciado.

A referida lei acabou com os graves inconvenientes no tocante ao livramento condicional, alterando o artigo 60 do Código de 1940 que, passando a referir-se de forma ampla à pena privativa de liberdade, permitiu a aplicação do benefício à pena de prisão simples.

A preocupação com a laborterapia fez com que se vinculasse a natureza e a prática do trabalho interno ou externo às aptidões ou ocupações do condenado e estivesse mais de acordo com os objetivos da pena. Valoriza-se neste ponto o trabalho do apenado, como sendo um dos pontos fortes para a sua recuperação.

Por outro lado, a Lei 6.416/77 sacrificou por demais a aplicação do sistema progressivo na execução penal, uma vez que enfatizou a necessidade da inexistência de periculosidade, o que, na prática se torna quase impossível de se verificar, dificultando em demasia o diagnóstico durante a execução da pena, sendo inviabilizada a obtenção dos benefícios legais trazidos pelo sistema progressivo.

A realidade carcerária, no entanto, acabou por exigir outras reformas na legislação, já que tudo que fora feito ao longo dos tempos, até então, não se mostrava suficiente para dirimir os gravíssimos problemas que envolviam os presos e as prisões.

Há de ser ponderado que a pena de prisão surgiu numa época em que se impunha a abolição das penas cruéis existentes, sendo ela a única forma de manter-se a vida que tão amiúde era o preço pelo crime praticado. No entanto passados tantos anos durante os quais foi a sanção, por excelência, alcançando enorme prestígio, assistindo a reelaboração da doutrina do festejado estudioso *Enrico Ferri*, a experiência atual indica e autoriza a defesa dos substitutivos penais.

Operou no ano de 1984 a grande e mais relevante mudança em nossa legislação penal, no que diz respeito às penas privativas de liberdade, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, sendo editada simultaneamente a lei 7.210/84, a nossa atual Lei de Execução Penal.

5.2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A PROGRESSÃO

Dispõe o artigo 112 da Lei 7.210/84, devidamente alterado pela Lei 10.792/2003.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

De fato, o artigo supra estabelece a progressão ou a transferência do apenado de regime mais severo para um mais brando, quando demonstre adaptação a este último e, através do artigo 118, cuida da regressão, transferência

de regime mais brando para mais severo, quando dê o condenado sinal de inadaptação no regime em que se encontre.

O homem, segundo sua própria história, sempre evoluiu por etapas, desde seu nascimento, até a idade adulta atravessa diversas fases em seu crescimento e amadurecimento anatômico, psicológico, intelectual e ético. Ademais não pode ser esquecido que, por este mesmo processo, a própria ciência alcançou paulatinamente os progressos de que hoje é possuidora.

Natura non facit saltus, a natureza não procede por saltos, e os progressos sempre decorrem de uma seqüência lógica e coerente de aprendizados e conquistas, não sendo viável a incorporação de valores dentro de um único patamar, sem experiências imediatamente anteriores, que justificam e sirvam de apoio às posteriores.

Seguindo estes preceitos é que o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade se justifica.

É muito importante que o condenado se integre socialmente e devemos possibilitar-lhe essa conquista de melhoria do comportamento, após ter recebido a devida orientação e instrução adequadas. Mas tudo isso deve ser feito por etapas, com muita cautela, observação e prudência, para não se permitir que o sentenciado salte de um regime para outro sem as condições para esta mudança de vida carcerária.

Aquele que demonstrou, através de sua atitude criminógena, não estar apto para viver em sociedade deve, aos poucos, ser preparado para o convívio social harmônico, como determina a legislação pátria.

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário.

Não havendo condições de promover-se o fim da pena no ambiente agressivo do cárcere em regime fechado e sendo necessária a gradual integração social do condenado, possibilita-se que ele conquiste a progressão quando dê sinais de modificações no seu comportamento depois de ter recebido orientação adequado, como já exposto, instrução e ensinamentos com vistas a sua profissionalização ou aperfeiçoamento.

Deve a progressão ser efetuada por etapas, já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com a devida prudência, para que não

se permita que o condenado salte do regime fechado, diretamente para o aberto. Por essa razão a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário, ou seja, o semi-aberto. Trata-se da vedação da progressão *per saltum*.

Em sentido contrário, há entendimento jurisprudencial de que a progressão ou a passagem do sentenciado de um regime penitenciário para outro não é obrigatória, não havendo imposições de degraus na concessão do benefício, não se exigindo assim que se fique primeiro no regime semi-aberto, para, só então, se o merecer, logicamente, passar ao totalmente aberto. (RT 630:299, 615:287 e 608:319).

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, no que diz respeito à progressão penal, expõe o seguinte:

Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o Projeto exige também o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena no regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas de liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto e do semi-aberto para o aberto). Na regressão dá o inverso, se ocorrer qualquer das hipóteses taxativamente previstas pelo Projeto, entre elas a prática de fato definido como crime doloso ou a falta grave.

O mestre René Ariel Dotti (1996, p. 13) nos ensina dizendo que “a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva, com transferência para regime menos rigoroso (fechado para o semi-aberto; semi-aberto para o aberto) mediante duas condições: a) cumprimento mínimo de um sexto da pena; b) o mérito do condenado assim o indicar (o mérito é aferido pelos valores morais e intelectuais, bem assim o seu comportamento carcerário, tornando o condenado digno de elogio e recompensa)”.

Do mesmo modo, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência do condenado do regime mais brando para qualquer regime mais rigoroso, conforme determina o artigo 118 da lei 7.210/84. Neste caso se admite a regressão do regime aberto, diretamente para o fechado, o que não se permite na razão inversa.

Ocorrerá a regressão se o apenado vier praticar alguma falta grave, ou crime doloso, ou ainda, seja condenado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Para que se processe a progressão, exige a legislação pátria o cumprimento de alguns requisitos de ordem material: um de caráter objetivo, que é o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, e um de caráter subjetivo, que se refere ao mérito do condenado vindo indicar a oportunidade de transferência. Passamos agora a analisar cada um destes requisitos.

5.2.1 Requisito Objetivo

O primeiro requisito (objetivo), indica que para o condenado obter o benefício, deve ter cumprido, pelo menos um sexto da pena total aplicada, no regime inicial, como já explanado anteriormente. Surge a dúvida, no entanto, na hora de se promover a segunda progressão, devendo-se indagar se é exigível o cumprimento de mais um sexto da pena total, ou se resta suficiente o cumprimento de um sexto do restante da pena após a primeira progressão. Diante do que dispõe a Lei de Execução, a segunda opção é a mais adequada.

Quando se refere a lei à determinação do regime, prevê que será observado o resultado da soma ou da unificação das penas, observado, porém, quando for o caso, a remição, conforme disposto no artigo 111 e o parágrafo único, da Lei de Execução Penal. A saber:

Art. 111. Quando condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para a determinação do regime.

Significa dizer que, se o condenado estiver remido algum tempo de sua pena quando da superveniência de outra condenação, é descontado da soma este tempo remido. A partir daí, basta que se cumpra um sexto do restante das penas, excluindo-se o tempo remido. Se isso ocorre com a remição, que é apenas abatimento da pena pelos dias trabalhados, com maior razão se deve entender que o tempo da pena cumprido, não mais deve ser levado em consideração para o cálculo do tempo para a nova progressão.

Pena cumprida é pena extinta. Para a progressão, o sexto da pena somente deve ser contado em razão da pena remanescente. Caso análogo ocorre no caso de fuga do condenado durante a execução da primeira pena e extinguir-se o restante pela prescrição, contando-se somente o restante desta quando da recaptura do foragido. Se nessas hipóteses não mais se consideram as penas cumpridas ou extintas, com maior razão devem ser elas desprezadas para o cálculo da progressão no caso do condenado que não se evadiu. Absurdo seria a solução contrária.

Portanto, após a primeira transferência (do regime fechado para o semi-aberto), a progressão será determinada, quanto ao requisito objetivo (temporal), pelo restante da pena, ou seja, pelo que teria o condenado a cumprir após o primeiro benefício.

O mesmo raciocínio deve ser adotado no caso de regressão, caso tenha o condenado regredido para um regime mais severo, a contagem do prazo para se obter a progressão é baseada na pena que se tem a cumprir no momento da regressão. Satisfaz o requisito temporal, o condenado submetido à regressão, quando cumpre um sexto da pena, a partir da transferência para regime mais severo, ou seja, do restante da pena que tem a cumprir. Não pode ser computado para o total da pena, com base no qual se calcula um sexto, o tempo já cumprido, pois, como já salientamos, pena cumprida é pena extinta.

É computado para a concessão da progressão de regime, o período de tempo trabalhado pelo apenado, como remição em sua reprimenda.

A natureza do delito do qual resultou a condenação, não pode ser alegada como óbice à concessão da progressão, sendo inadmissível a arguição de motivo extralegal em desfavor do sentenciado que preenche os requisitos legais, sendo o objetivo e o subjetivo. Pela mesma razão não pode ser indeferido o pedido de progressão fundamentado na longa pena a ser cumprida pelo sentenciado ou na inexistência de estabelecimento adequado para o regime semi-aberto ou aberto. Não pode o apenado ser prejudicado por falha do Estado.

5.1.2 Requisito Subjetivo

Além do cumprimento de um sexto no regime anterior (requisito objetivo), a lei exige, para a transferência para regime menos rigoroso, que o mérito do apenado indique a progressão.

O primeiro requisito subjetivo para o pleito da progressão de regime mais rígido para mais brando, é o comportamento carcerário. Vale salientar que a lei não exige comportamento sem mácula (excepcional), mas uma conduta prisional razoável ou satisfatória (adequada) durante a execução da pena. Consciente o legislador que reconhece a prisão como um ambiente inóspito e violento; por esse motivo não exige para a obtenção de benefício comportamento irretorquível, no decorrer da execução penal.

Cumpre-nos ainda alertar que, o apenado, pela perpetração no cárcere de infração disciplinar, sujeita-se à punição administrativa, como por exemplo, o isolamento temporário, perdas temporárias de regalias (visitas externas e íntimas), inclusive o rebaixamento do índice de aproveitamento carcerário. Assim, se continuar no comportamento bom, não poderá o juiz da execução penal indeferir seu pedido de mudança de regime, a pretexto de mal comportamento carcerário, sob pena de estar praticando “*bis in idem*” punitivo, que, por sinal, ofende os princípios basilares do Direito Penal moderno.

Se o apenado encontrar-se com o índice de comportamento prisional *negativo*, não deve propugnar pela mudança de regime, sob pena de seu pedido ser indeferido liminarmente. Deve aguardar a mudança de seu comportamento para o grau bom, com o objetivo de formular sua pretensão. Por outro lado se o apenado estiver com índice de comportamento prisional neutro, poderá requerer a progressão de regime, já que no julgamento do pedido, o magistrado se valerá de demais dados e do exame criminológico disciplinar.

Não basta, porém, bom comportamento para o preenchimento do requisito subjetivo indispensável à progressão de regime, bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social.

É necessário que se conheça a real capacidade do condenado em se adaptar em regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O

comportamento mal ou sofrível, indica, normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os demais encarcerados, falta de respeito para com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares, correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, contudo, tem em consideração a conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de se atribuir maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado de acordo com o regime para qual vai progredir, deverá ser levado em consideração as regalias de que irá gozar, com a obtenção do benefício que supostamente irá cumprir a sua pena.

O segundo requisito para a aferição do mérito do condenado que objetiva a progressão de regime, é o parecer da Comissão Técnica de Classificação e Triagem, que tem sua composição prevista no artigo 7º da Lei 7.210/84:

Art. 7º - A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa da liberdade.

Acrescente-se que se a pena não for privativa de liberdade, seja ela de multa ou restritiva de direitos, a Comissão Técnica de Classificação atuará junto ao juízo da execução penal e será integrada por fiscais do Serviço Social, conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo.

Esta comissão emitirá parecer sobre a concessão ou não do benefício, que será examinado com os outros elementos e dados que servirão de base para as pretensões do apenado.

6 PROCEDIMENTO JUDICIAL PARA A PROGRESSÃO

O benefício da progressão poderá ser requerido pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por advogado particular, pelo próprio apenado, seu cônjuge, seu parente ou descendente, pelo Conselho Penitenciário ou por autoridade administrativa, nos termos do artigo 195 da Lei de Execuções Penais. O citado dispositivo legal ainda traz a possibilidade do juiz, de ofício, iniciar o procedimento judicial, no caso de inércia das partes ou das autoridades administrativas mencionadas.

O pedido de progressão necessita ser instruído pelo histórico disciplinar do condenado, o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, documentos estes que são realizados nas unidades prisionais. O que ocorre é que se pede ao juízo da execução penal que se requisite toda a documentação, em tempo hábil, ao presídio ou penitenciária, que servirá para o exame do magistrado na análise do pedido de progressão. Ouvido o Ministério Público, o juiz decidirá o pleito em 03 (três) dias, concedendo ou não o benefício. Esta decisão deverá ser fundamentada e dela cabe o recurso de Agravo em Execução, sem efeito suspensivo, conforme o artigo 194 a 197 da lei acima citada.

O procedimento judicial é simples, não tendo a intervenção do Conselho Penitenciário.

Constitui nulidade absoluta, para a qual se dispensa a demonstração do prejuízo, a omissão da intimação pessoal do Defensor Público, para que se manifeste sobre o exame criminológico.

É inepta a decisão que indefere a progressão de regime prisional sem apontar os fundamentos de fato e de direito. A mera menção ao parecer ministerial não tem o condão de convalidar a manifestação judicial, principalmente quando aquele é diminuto e vago.

Reconhecendo satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo, com a compatibilidade do condenado ao novo regime, não pode o juiz negar a progressão sob a alegação de que o réu é reincidente ou porque um dia se evadiu do presídio, porque há recomendação no laudo de acompanhamento psicológico, por estar o condenado respondendo a outro processo com indefinida situação processual.

Sendo indispensável para a concessão da transferência a comprovação dos requisitos subjetivos, além dos prévios pareceres da Comissão Técnica e do Ministério Público, é pacífico que não pode ela ser pleiteada e concedida em pedido de *habeas corpus*. Entretanto, como a decisão deve ser motivada, o indeferimento em despacho lacônico, que não indica precisamente seu fundamento, constitui constrangimento ilegal, que permite a concessão de *habeas corpus*, para que seja afastado o indeferimento e determinada nova decisão. Também já se decidiu que não se pode ficar suspenso indefinidamente o processamento do pedido, à espera de informações, deferindo-se o *mandamus* parcialmente, para que o pedido fosse apreciado com os dados constantes do processo.

A revisão criminal é meio inidôneo para a progressão, matéria estranha a esta via, já que seu âmbito está expressamente previsto em lei.

Compete ao juiz da execução penal decidir sobre a progressão, e tendo esta competência apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que se exige é que o pedido somente seja analisado após a expedição da Carta de Guia (Guia de Recolhimento, Guia de Execução). É admissível, porém a expedição da Guia de Recolhimento quando não pende mais decisão em recurso de apelação, mas apenas Recurso Especial e Extraordinário que não tem efeito suspensivo, de modo a se propiciar o pedido de progressão. Além disso pode e deve ser admissível a apreciação do pedido de progressão pelo juiz da condenação, somente quando a decisão transitou em julgado para a acusação, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus* em nosso ordenamento jurídico, desde que o condenado, por força da detração e demais requisitos comprovados, faça jus ao benefício. Entendimento diverso implicaria em tratamento mais sério ao preso provisório do que o submetido a sentença condenatória firme. Independentemente de se poder falar ou não na possibilidade da execução provisória da pena, a progressão deve ser deferida, antes da expedição da guia de recolhimento, em relação aos condenados que preenchem os requisitos legais para a concessão do benefício desde que tenham contra si condenação transitada em julgado para o Ministério Público, ou mesmo quando pendente recurso exclusivo do interessado. Embora não tenha iniciado o processo de execução, não se pode negar o pedido de progressão, dada a impossibilidade da *reformatio in pejus* na decisão. Como a progressão é regulada integralmente na Lei de Execução Penal, o recurso cabível da decisão, por analogia, é o agravo em execução.

7 A PROGRESSÃO E OS CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal de 1988, consagra o princípio jurídico da irretroatividade da lei mais severa, dispondo que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A questão que se impõe é: mudança de regime, livramento condicional, indulto, têm sede penal ou processual penal?

O ilustre professor, Damásio Evangelista de Jesus, a respeito da natureza jurídica da progressão de regime, em artigo publicado no periódico “O Estado de São Paulo”, em 10.05.1991, transcrito do livro Crimes Hediondos, de autoria do jurista Alberto Silva Franco (1994, p. 153 a 154), nos ensina:

[...] a norma que proíbe o condenado a progressão para regime mais leve restringe o campo de seu direito penal público subjetivo de liberdade, na fase executória, impregnando-se de conteúdo penal material. Tanto que, nos casos de crime hediondo, tráfico de drogas, tortura e terrorismo, derroga o artigo 33, caput, do Código Penal. Com efeito diz essa disposição que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto”. Trata-se de norma genérica a ser aplicada a toda a legislação. Agora, entretanto, não incide sobre a execução de penas, impostas em razão da condenação pela prática dos referidos delitos. Além disso, o artigo 33, § 2º, do estatuto penal determina que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado”, permitindo a sua transferência para os regimes semi-aberto e aberto, nos termos das exigências do artigo 112 da LEP. Pois bem. Essas disposições não são mais aplicáveis à execução de penas impostas em razão de crimes referidos no artigo 1º da Lei 8.072/90 (crimes hediondos, etc.), por força da lei nova proibitiva. Ora, se o novo dispositivo legal derroga dispositivos do Código Penal que disciplinam a execução de pena, instituto eminentemente de direito material, não pode deixar de ser, também, penal. E, como tal, sendo mais severo do que as regras do artigo 33 do Código Penal, não tem efeito retroativo. Em suma a proibição à progressão no cumprimento da pena privativa de liberdade, contida no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, não é aplicável aos crimes praticados antes de 26 de julho de 1990.

Sem dúvida que pertence ao direito penal as normas analisadas e, por este motivo, tais institutos jurídicos estão disciplinados no Código Penal, portanto, qualquer lei que verse sobre matéria de natureza penal, de forma mais gravosa, não terá o condão de retroagir para prejudicar o apenado.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata das garantias fundamentais e dentre outras, dispõe:

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

a) privação ou restrição da liberdade;

- b) perda de bens;
- c) multa;
- (...)"

A disposição constitucional traça um preceito de política criminal que consagra a individualização da pena, princípio este, cujos parâmetros vêm sintetizados no artigo 59 do Código Penal, que fixa as regras que devem nortear o juiz no cumprimento desse princípio constitucional, estabelecendo que, ao aplicar a pena cominada no caso concreto deve o julgador, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, a disciplina da pena, que é deferida a legislação ordinária se fará de conformidade com o que ela dispuser. Se a lei ordinária dispõe que nos crimes a que for cominada a pena de reclusão superior a oito anos, deverá começar cumpri-la em regime fechado, não podendo o juiz dispor em contrário.

É a lei ordinária que compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena.

Alguns autores entendem que a individualização da pena pode ser dar em três fases: a legislativa, a judicial e a administrativa. Assim, se o legislador ordinário, no uso da prerrogativa constitucional, que lhe foi deferida pelo artigo 5º, XLVI, dispõe que nos crimes hediondos, o cumprimento da pena será integralmente em regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Muitas correntes jurisprudenciais e doutrinárias surgem com relação a constitucionalidade ou não da lei dos crimes hediondos, sob o argumento da vedação ao princípio da individualização da pena, ambas estas correntes são sustentáveis juridicamente, contudo, os argumentos jurídicos dos partidários da corrente que propugna pela inconstitucionalidade do artigo 2º, § º da Lei 8.072/90, são mais convincentes e coerentes, já que a inflexibilidade do regime (exclusivamente fechado), além de afetar e afrontar o princípio da individualização

da pena, projeta-se nefastamente para o âmbito da execução penal, gerando insegurança e revolta nos condenados por estes delitos, sendo praticamente impossível se atingir o fim primordial da pena, qual seja a reintegração harmônica do sentenciado à sociedade.

Já no caso de se fixar na sentença o regime inicial fechado, decorrente da prática de crime hediondo, independentemente da constitucionalidade ou não da lei dos crimes hediondos, em se ocorrendo a coisa julgada e da impossibilidade da *reformatio in pejus*, fica assegurado ao condenado o direito de postular a progressividade de regime no juízo da execução penal.

Muito se tem discutido doutrinária e jurisprudencialmente sobre a possibilidade de progressão penal para os delitos considerados hediondos, não havendo, até o momento, uma definição majoritária acerca da concessão ou não do benefício aos condenados por crimes desta natureza. No entanto, O Supremo Tribunal Federal, em 1992, quando provocado para dizer sobre a harmonização e conseqüente inconstitucionalidade da *lex ferenda*, na parte relativa à proibição de progressão de regime, inclinou-se por sua constitucionalidade, sob o manto de que pelo poder constituinte originário foi outorgada ao poder legislativo ordinário, irrestrita liberdade para disciplinar a individualização da pena prevista no inciso XLVI, do art. 5º da Constituição Federal, oportunidade em que no julgamento do Habeas Corpus 69.603, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

O assunto, durante todo este tempo ficou presente na Suprema Corte brasileira e acabou voltando ao plenário do Supremo, em razão do *Habeas Corpus* nº 82.959, em que o paciente preso em São Paulo e condenado pela prática do crime hediondo de atentado violento ao pudor, pleiteou progressão de regime, argüindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072, de 25.07,1990 que, por seis votos contra cinco, em 23 de fevereiro de 2006, obteve a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, diante da maioria dos ministros terem julgado inconstitucional o regime integralmente fechado versado no § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072/90, tendo os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence, votado pela inconstitucionalidade da regra foram, tendo a Ministra Ellen Gracie, acompanhada pelos Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim, votado contra a progressão.

Em que pese o posicionamento da Suprema Corte, muito ainda se discute sobre a possibilidade ou não de progressão para estes delitos, tendo em vista a

individualização da pena, como já explanado, e a aplicação do sistema progressivo, adotado por nossa legislação penal, que veio evoluindo através dos tempos até se chegar a este modelo, hoje delineado na Lei de Execuções Penais.

O entendimento do STF, foi, dentre outros parâmetros, verificado sob a verificação Lei 9455/97, que tipifica o crime de tortura, crime este considerado hediondo, onde no bojo da referida lei estabelece que os condenados pelos delitos ali descritos iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, abrindo assim a possibilidade da progressão de regime.

As vigas mestras do voto vencedor, da lavra do Min. Carlos Ayres Britto foram edificadas na garantia constitucional da dignidade do ser humano e na necessidade de reabilitação social do preso condenado pela prática de crime hediondo. Bem assim, em sua análise, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a vedação de progressão de regime viola o princípio constitucional da isonomia e da individualização da pena. O ministro Eros Grau, acompanhando o voto do relator, ministro Marco Aurélio, ressaltou que a proibição da progressão de regime afronta o princípio da individualização da pena, estabelecendo que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. No mesmo trilho votou o Ministro Sepúlveda Pertence, que em um dos trechos de seu voto, destacou que “De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime”, reconhecendo que, “esse movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas”.

Dessa forma, denota-se que o silogismo lógico e a construção mental que se formaram para que o relator proferisse seu voto e os demais ministros que a ele anuíram, repousam no fato de que a dogmática penal do fragmento declarado inconstitucional previsto na Lei 8.072/90 estavam desconformes com aqueles arraigadas na ciência penal, mormente as afetas à principiologia do Direito Penal, já que a Lei dos Crimes Hediondos enfraqueceu princípios garantistas, com fins, aprioristicamente, de somente satisfazer a prevenção geral.

A profunda análise do julgado em comento, reclama o sublinhar do que ficou evidenciado nesses quinze anos em que se teve como constitucional a vedação da progressão de regime da Lei nº 8.072/90, ou seja, a demonstração de que não se combate o crime legislando, incriminando condutas e endurecendo penas.

“Pena não pode ser sinônimo de destruição da pessoa. De outro lado, a sociedade também tem a ganhar com uma pena mais humana porque o sujeito que sai da cadeia não sai tão embrutecido, sairá mais humanizado”, comemorou o conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Alberto Zacharias Toron, em matéria publicada no Correio Brasiliense (2006, nº 09)

Focando o Direito Penal e, mais propriamente, as fases de individualização da pena e os mandamentos constitucionais, tem-se que está ela estritamente ligada aos princípios e garantias constitucionais, como forma de tradução das garantias do Estado Democrático de Direito, assim como a política criminal que foi desenhada pelo legislador constituinte.

Os princípios constitucionais-penais são, por excelência, garantista, de modo que todo o processo de individualização da pena deve ser pauta por essas normas. Dentre tantos princípios constitucionais-penais que poderiam ser emoldurados, entende-se que para a análise do *decisum* do Supremo Tribunal Federal o da individualização da pena, por abraçar os princípios da personalidade e da proporcionalidade, é o que acaba dando maior sustentáculo jurídico, sem desprestígio da necessária interpretação sistêmica, para a discussão que o tema embute, conforme a leitura do inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição da República, que dispõe: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. O inciso XLVII acrescenta: Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Vale ainda lembrar o pensamento de Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 23), quando diz que o aferimento e a quantificação da culpa exteriorizada é que é o cerne da individualização da pena no processo de conhecimento, ao passo que no processo de execução a busca se dá para o precípua fim de efetivar a mínima dessocialização possível. Assevera que a pena, sua medida, há que se valorada de acordo com a culpabilidade aferida na conduta do réu, restando bem sintetizado seu pensamento quando preleciona: “Essa postura, unida aos fins atribuídos à pena no Estado de direito, leva à evidente conclusão de que na medida da pena só podem ser consideradas razões de prevenção quando constituírem meio de proteção subsidiária de bens jurídicos, proteção contra penas desmesuradas, proteção contra

a violência da sociedade e do poder punitivo estatal e proteção contra o efeito dessocializador da pena. (...)”. (2001, p. 101)

Prossegue a doutrinadora em destaque, discorrendo que toda a problemática da política criminal de um Estado se subsume à Constituição Federal, de modo que os ordenamentos penais devem estar circunscritos dentro do quadro de valores nela inseridos. Do contrário, ilegítima seria a lei penal na exata medida em que se confronta com os princípios constitucionais.

Eis aí a importância do julgamento do STF ao considerar inconstitucional a proibição de progressão de regime tal como estampada na Lei dos Crimes Hediondos.

CONCLUSÃO

Falar de execução penal em nosso país não é tarefa das mais confortáveis. O descaso que se tem com a execução da pena privativa de liberdade, em particular, é coisa que não merece nem comentário. Mas temos que nos manifestar, para que algo mude, para que nossos governantes tomem um pouco de vergonha e melhorem nosso sistema de cumprimento de pena.

Após a longa e dolorosa pesquisa efetuada para a realização deste trabalho, cheguei a diversas conclusões. Uma coisa é certa, algo necessita mudar em nosso sistema penitenciário.

Fiz questão de abordar com certa profundidade a questão histórica, tanto da pena, quanto dos sistemas penais. Explanando as fases de evolução por que passaram estes institutos de direito, até atingirmos o que existe hoje em dia.

Utopicamente nossa legislação prevê que a finalidade da sanção penal é a reintegração do condenado à sociedade de forma harmônica, fazendo com que volte ao meio social, local de onde nunca deveria ter saído. O primeiro antagonismo aparece bem por aí. “Como integrar alguém em uma sociedade, retirando-o desta mesma sociedade?” Com a retirada o condenado do meio social e colocando-o em uma cela, este será o seu meio social, a este meio que irá se adaptar, não ao meio do qual foi retirado. Este é meu ponto de vista. Mas tudo bem. Admitamos que, realmente a prisão recupera o indivíduo, sem risos, por favor, a forma do cumprimento da pena imposta ao condenado é que proporcionará sua recuperação ou não. Portanto o cumprimento da pena é o fator primordial para que seja exaurido o exigido pela legislação penal, ou seja, a reintegração harmônica do indivíduo na sociedade. Não é piada, é verdade, pode acreditar, está na lei. Será que nossos políticos sabem disso?

Todas as doutrinas pesquisadas trazem uma nova perspectiva para a reprovação penal, aparecendo recentemente muitos escritos com relação às penas substitutivas, sendo que a pena de prisão somente deverá ser usada em último caso. Mas isso somente existe, por enquanto, no papel. A edição da lei 9.714/98, foi um grande passo para que se chegue o patamar pretendido. Mas ainda é pouco.

Nós não precisamos de mais novas leis, é só cumprir as que já existem. A verdadeira mudança deve ser ideológica, de valores, e isso só se consegue com

educação para o povo. Mas parece que só nossos governantes que não enxergam isso.

O problema não está no conjunto de penas que possuímos, mas sim na execução destas penas. Não precisaríamos de mais nada se fossem cumpridos todos os preceitos da Lei de Execução Penal, por parte do Estado. Mas não existe nenhum tipo de preocupação com quem está cumprindo pena. O que mais se quer é mandar mais presos pra cadeia. Depois de estarem lá, acabou a preocupação, está cumprida a lei, está feita e justiça. Que Justiça é essa? Depois da prisão é a hora mais difícil, é a hora da recuperação, hora do arrependimento pelo delito praticado, mas o que vemos é algo bem diferente, o que ocorre é revolta, rebeliões, o empobrecimento da alma do sentenciado, que ao sair da cadeia, se conseguir é claro, leva em sua ficha pelo resto da vida o *status* de ex-presidiário e, em uma sociedade preconceituosa com o a nossa, pode-se prever o que vai ocorrer: “O bom filho à casa volta”.

Apesar de todas as críticas à pena de prisão, uma das formas mais adequadas para se atingir o fim determinado pela legislação penal, é o cumprimento da pena no regime progressivo, percorrendo o condenado todos os estágios da execução penal, saindo do mais rigoroso, até chegar no regime aberto, onde o que vigora é a responsabilidade do apenado.

Ma quando pensamos que vai melhorar, surge a Lei dos Crimes Hediondos, dizendo que os condenados pelos delitos assim considerados, cumprirão sua pena integralmente em regime fechado, colocando a progressão em um buraco, representando um retrocesso à sistemas penais antigos, já extintos em todos os países modernos. Tanto se lutou para se chegar ao sistema progressivo, e uma lei o revoga e disciplina o cumprimento da pena de forma totalmente descabida, levando-se em consideração as finalidades da sanção penal. Analisemos, uma pessoa condenada por um delito hediondo teria de permanecer dois terços de sua pena em regime fechado, só então obterá benefício de livramento condicional. Ora a pena não seria cumprida integralmente em regime fechado? Eis alguns dos absurdos dessa lei hedionda. É como passar muitos anos em uma sala sem qualquer iluminação, na escuridão, e sair abruptamente na claridade. Imagine o choque. É preciso passar, antes de se obter o livramento condicional, por todos os estágios da execução, todos os regimes. De sorte, a nossa Suprema Corte, veio a corrigir tal

questão, admitindo a progressão de pena, em casos de crimes tipificados como hediondos, trazendo luz ao nosso ordenamento jurídico.

“Hedionda é a lei dos crimes hediondos” (autor anônimo)

Devemos sair do plano teórico, execução penal é prática, é convivência com o preso, só assim poderemos atingir um patamar de considerável aceitação, se ficarmos somente discutindo as teorias, as conseqüências poderão ser gravíssimas, como já as são. Quem sofre na realidade é o preso, sua família, seus amigos, enquanto isso

Portanto, muito ainda deverá ser feito para que um dia possamos falar que nosso sistema penitenciário funciona, estamos longe disso, mas se começarmos hoje, talvez nossos bisnetos poderão contar outra histórias a seus filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da Pena**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARNELUCHI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Conan, 1995.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Roberto Gomes, PERALLES, Ubiracyr. **Teoria e Prática da Execução Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de Direito Penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Prisão Albergue**: reintegração social. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: Leud, 1998

_____. **Lei de Execução Penal**. 1. Ed. São Paulo: Leud, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, JÚNIOR, Alceu Corrêa. **Pena e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.