

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

MAGNA ZANDOMINIQUE DE ANGELI

DESIGUALDADES NO DIREITO À VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS
FEMININOS

SÃO MATEUS

2015

MAGNA ZANDOMINIQUE DE ANGELI

**DESIGUALDADES NO DIREITO À VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS
FEMININOS**

**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.
Orientador: Prof. Rui Edsiomar Alves
de Souza.**

SÃO MATEUS

2015

MAGNA ZANDOMIIQUE DE ANGELI

**DESIGUALDADES NO DIREITO À VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS
FEMININOS**

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 dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. RUI EDSIOMAR ALVES DE
SOUZA
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Ao meu filho, minha maior motivação para
realização deste sonho.

A Deus.

Agradeço a meu orientador pela paciência e grande ensinamentos.

“A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar.”

Martin Luther King

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é abordar a diferença no direito à visita íntima nos presídios femininos considerando a evolução da sociedade. Esta monografia apresenta questionamentos de como fazer valer o direito de igualdade resguardado pela Constituição Federal assegurado no inciso I do art. 5º “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”?. A Lei de execução penal, no art. 41, X, reconhece o direito do preso a receber “visita do cônjuge, da companheira, de parente e amigos, em dias determinados”. Ocorre que este artigo vem sendo interpretado de forma extensiva, sendo concedida aos presos, a visita íntima de cônjuge ou companheira.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana, visita íntima, presídio feminino

RESUME

The objective of this study is to address the difference in the right to conjugal visits in female prisons considering the evolution of society. This monograph presents questions of how to enforce the right to equality safeguarded by the Constitution guaranteed in Part I of Art. 5 "Men and women are equal in rights and obligations"?. The criminal enforcement law, in art. 41, X, recognizes the right of prisoners to receive" spouse's visit, the partner, relative and friends, on certain days." It turns out that this article has been interpreted broadly, being granted to prisoners, the conjugal visit spouse or partner.

Keywords: human dignity, conjugal visits, women's prison

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88	11
2 ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO DO DIREITO PENITENCIÁRIO	15
2.1 ANTECEDENTES	15
2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO.....	16
2.2.1 As Prisões no Brasil	18
2.2.2 As Penas no Brasil	23
2.2.2.1 Os Regimes de Pena do Brasil	29
3 DESIGUALDADES NO DIREITO À VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS FEMININOS	35
3.1 AS MULHERES PRESAS	36
3.2 VISITA ÍNTIMA.....	39
3.3 LEGISLAÇÃO.....	41
4 SISTEMA PRISIONAL CAPIXABA: UM NOVO CONCEITO, UMA NOVA POSTURA	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	49
APÊNDICES	53

INTRODUÇÃO

A visita íntima é autorizada na maior parte dos países latino-americanos. O México foi pioneiro. No Brasil, foi consentida pela primeira vez em 1924, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, àqueles encarcerados que fossem casados civilmente e tivessem bom comportamento. Em 1929 já não era necessária a exigência do casamento civil e, em 1933, esse tipo de visita foi estendido aos presos provisórios. Na Argentina, iniciou-se em 1931 e em Cuba, em 1938 (BITENCOURT, 2004, p.216). Atualmente, a visita íntima é permitida em todos os estabelecimentos prisionais masculinos no país.

A despeito disso, a visita íntima foi regulamentada às mulheres pela primeira vez em 1999. No Estado de São Paulo, o direito à livre disposição da própria sexualidade da mulher encarcerada só foi reconhecido em dezembro de 2001.

Ignora-se que a atividade sexual é elementar e instintiva. Sendo assim, é impossível seu controle por meio da reclusão. É contraditório buscar a ressocialização da encarcerada, ao mesmo tempo em que se ignora a questão sexual, acreditando que esta não merece atenção especial. A abstinência sexual imposta pode gerar problemas psicológicos, favorecendo condutas inadequadas, deformando a auto-imagem do recluso, destruindo sua vida conjugal e induzindo a desvio de comportamento, segundo a orientação sexual original, forçadamente, e muitas vezes com graves sequelas psicológicas.

1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana parte de diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988 sobre a forma de princípio sendo um vetor máximo interpretativo da hermenêutica constitucional.

O ser humano como pessoa está em constante processo de relacionamento não apenas consigo, mas também com o ambiente em que vive. Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo próximo da perfeição nessa relação entre a individualidade e sociabilidade está inteirada deve estar pautada na dignidade, respeitando-se os diversos aspectos.

A Constituição Federal de 1988 surge num contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas.

Sendo assim, A dignidade humana como direito fundamental evoca uma perquirição preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais? A resposta deve ser refletida à luz de diferentes documentos jurídicos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, concluímos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”.

Mas, o que seria a dignidade humana? O conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo. É tema corriqueiro em debates e pesquisas de longo período.

Segundo a visão dos cristãos, havia outra denominação para auferir a ideia de algo tão subjetivo. Sarlet aponta o conceito de dignidade oriundo da Bíblia Sagrada, que traz em seu corpo a crença em um valor intrínseco ao ser humano, não podendo ser ele transformado em mero objeto ou instrumento. De forma que, a chave-mestra do homem é o seu caráter, “imagem e semelhança de Deus”; tal idéia, trazida na Bíblia, explicaria a origem da dignidade e sua inviolabilidade.

Já em um sentido filosófico e político na antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade onde estava integrado.

Portanto, na antiguidade, os primeiros passos de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano encontram-se expressos no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia.

Nesse diapasão, entende-se que nesse momento histórico era possível a classificação do indivíduo como sendo mais ou menos digno perante os outros, de acordo com seu *status* social.

Em contraponto, o pensamento impassível, classificava a dignidade humana como uma qualidade diferenciadora do ser humano com as demais criaturas da terra; esse conceito nos remete à ideia de liberdade do indivíduo, considerando-o como um ser capaz de construir sua própria existência e destino.

Logo, conclui-se que o conceito de pessoa no sentido subjetivo, com direitos subjetivos ou fundamentais, inclusive dignidade, surge com o cristianismo e vem aperfeiçoada pelos escolásticos.

Na filosofia grega, segundo ensinamentos de Fernando Ferreira dos Santos, o homem era considerado um animal político ou social. Imperava nesse pensamento uma “confusão” na relação entre indivíduo, Estado e a natureza, uma mistura de cidadania e do ser.

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Rizzatto Nunes aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Assim, nesse contexto verifica-se um dos papéis do Direito, como instrumento pelo qual se controla a “bestialidade” dos atos humanos, ou seja, controlam-se os impulsos que venham a ser prejudiciais à sociedade como um todo.

A dignidade apresenta-se, pois, como uma conquista da razão ético-jurídica. Seu conceito, porém, não é pacífico.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que (2001, P.60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”, o que traz um enorme desconforto, se formos guiados apenas pela razão e auto finalidade.

Nesse contexto Chaves Camargo afirmando que a

“[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.”

Porém até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem.

Rizzatto Nunes considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um *supraprincípio* constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, no presente estudo, pelo seu relacionamento com os direitos sociais.

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta de 1988 apresenta como característica a clareza no que se refere à importância da dignidade humana, em consequência de todo o contexto histórico já relatado.

Nesse sentido, como pano de fundo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi elaborada num cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos.

Assim, nota-se a expressão de uma nova era das garantias individuais, resultado de lutas e abusos no árduo caminho do reconhecimento dessas liberdades, até se alcançar a promulgação desse texto.

Pode-se afirmar que esta é a Constituição mais democrática que o Brasil já teve, tendo em seu corpo blocos de direitos sociais, individuais e coletivos, tanto no sentido de princípios como comandos.

Analisando a estrutura da Constituição de 1988, Benizete Ramos de Medeiros, se valendo dos ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, classifica a dignidade da pessoa humana dentro do sistema constitucional em níveis, normas, princípios e subprincípios, e regras.

Em nível I, no seu preâmbulo, a Constituição faz menção ao Estado Democrático de Direito como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

Em sequência, no artigo 1º, incisos I e II e no artigo 170, *caput*, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna.

No artigo 226, §7º, foi dada ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Em nível II, o artigo 3º, inciso III e o artigo 23, inciso X, apresentado como “dos objetivos fundamentais”, é o responsável pela afirmação da “exterminação da pobreza e das desigualdades sociais”.

No nível III, a Carta Magna traz em seu artigo 6º o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Destarte, todos os direitos sociais acima citados estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana. Entretanto, na prática, o Estado não tem conseguido garantir esse “mínimo constitucional”, o que, aliado a ignorância do povo quanto aos seus direitos ou de como exercê-los, tem como resultado a falta de aplicabilidade da vontade do legislador constituinte.

Assim, proporcional é a matemática da dignidade, quanto maior a qualidade da dignidade, maior é a dificuldade de garanti-la, não apenas por parte do Estado, mas também por parte dos cidadãos que convivem entre si, podendo entre eles um violar a dignidade do outro.

A Constituição aborda, também, a dignidade da pessoa humana em seu duplo significado, ora como princípio fundamental, ora como princípio geral.

Assim, constatamos que os direitos fundamentais evoluíram com grande intensidade no sentido de proteger o indivíduo em sua dignidade, porém, se faz necessário ampliar o conceito desses valores, mais um passo da raça humana no

sentido de distribuir de forma equilibrada o que, pelo trabalho de todos, foi e é conquistado.

2 ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO DO DIREITO PENITENCIÁRIO

2.1 ANTECEDENTES

No entendimento da Igreja, já desde os seus primeiros tempos, a pena devia servir para a penitenciária, consistindo essa na “volta sobre si mesmo”, com espírito de compunção, para reconhecer os próprios pecados (delitos), abominá-los, e propor-se a não tornar a incorrer neles (isto é, não reincidir). A pena devia consistir, pois, em atos ou atividades ou situações capazes de estimular a penitência, como, por exemplo, o recolhimento a locais adequados, ditos penitenciários, cujo ambiente, suficientemente rígido, favorecesse o necessário espírito de compunção com que haviam de serem praticados semelhantes atos e exercidas semelhantes atividades. A obrigação de restituição e de reparação do dano (que, aliás, ainda hoje persiste), denotando preocupação com a vítima, não dispensava o pecador (delinquente) da pena, e certamente havia de contribuir para ele se propor a não reincidir.

É importante assinalar que a Igreja não admitindo entre as suas penas, a de morte, teve, desde tempos remotos, locais de recolhimento para quem desejava aperfeiçoar-se, neles se retirando a fim de fazer voluntária penitência, eram os penitenciais, cuja evolução resultaram os mosteiros e conventos; tinha aqueles que serviam para neles serem encerrados, ficarem presos, os condenados a fim de fazerem a penitência, cumprirem a pena que lhes houvesse sido aplicada, eram, esses, os penitenciários, de cuja evolução resultaram as prisões para cumprimento de pena, as penitenciárias, denominação essa que foi adotada pela Justiça secular quando adotou a privação da liberdade, com recolhimento a estabelecimento apropriado, como pena. Igualmente importante assinalar é que o Concílio de Frankfurt, realizado no ano de 794, condenou as mutilações e outras torturas (que estavam então o rol das penas da Justiça secular).

Sínodo dos Piores da Ordem de São Bento é um marco digno de ser lembrado, pois entre outras coisas, estabeleceu que cada mosteiro dispusesse de locais separados, destinados aos condenados, constituídos por quartos, e dependências para trabalho (oficinas), com possibilidade de aquecimento no inverno, tendo anexo um pátio.

Já multissecularmente a orientação da igreja era no sentido de tratar os pecadores (delinquentes) com espírito de caridade e misericórdia, dando-lhes a ajuda de que precisassem, a fim de que os atos e as atividades destinados à penitência, não fossem sofrimento sem utilidade, mas servissem para o penitente reconhecer a sua culpa arrependendo-se e não mais reincidindo.

2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

O Direito Penal, até o século XVIII, era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação de liberdade como forma de pena, mas sim como custódia, garantia de que o acusado não iria fugir e para a produção de provas por meio da tortura (forma legítima, até então), o acusado então aguardaria o julgamento e a pena subsequente, privado de sua liberdade, em cárcere. O encarceramento era um meio, não era o fim da punição.

Foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição *de facto*, é tratada como a humanização das penas. Já segundo Foucault a mudança no meio de punição vêm junto com as mudanças políticas da época, com a queda do antigo regime e a ascensão da burguesia a punição deixa de ser um espetáculo público, já que assim incentiva-se a violência, e é agora uma punição fechada, que segue regras rígidas, portanto muda-se o meio de se fazer sofrer, deixa de punir o corpo do condenado e passa-se a punir a sua “alma”. Essa mudança, segundo o autor, é um modo de acabar com as punições imprevisíveis e ineficientes do soberano sobre o condenado, os reformistas concluem que o poder de julgar e punir deve ser melhor distribuído, deve haver proporcionalidade entre o crime e a punição já que o poder do Estado é tipo de Poder Público.

É no fim do século XVIII que começam a surgir os primeiros projetos do que se tornariam as penitenciárias. Primeiro com John Howard (1726-1790), que após ser nomeado xerife do condado de Bedfordshire, conhece a prisão de seu condado e decide conhecer a realidade das outras prisões da Inglaterra. É então em 1777 que publica a primeira edição de *The State of Prisons in England and Wales* (tradução livre: As condições das prisões da Inglaterra e Gales), ele faz uma

crítica à realidade prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças, sendo a principal a criação de estabelecimentos específicos para a nova visão do cárcere, antes o prisioneiro ficava na prisão aguardando a punição, a prisão tinha um caráter temporário, agora a prisão era a punição em si, portanto as prisões por toda a Europa e Estados Unidos não tinham a infraestrutura ou eram pensadas nessa nova realidade punitiva.

Outro autor importante foi o inglês Jeremy Bentham (1748-1832), entre suas contribuições para a reforma do sistema punitivo, ele era adepto de uma punição proporcional, “a disciplina dentro dos presídios deve ser severa, a alimentação grosseira e a vestimenta humilhante”, mas todo esse rigor serve para mudar o caráter e os hábitos do delinquente. Em 1787 escreve “Panóptico”, concebido como uma penitenciária modelo, é um conceito em que um vigilante consegue observar todos os prisioneiros sem que estes o vejam. A prisão seria uma estrutura circular, com as celas em sua borda, e o meio vazio se encontra a torre com o vigia “onipresente”.

Foucault usa o panóptico em sua obra como uma metáfora para as sociedades ocidentais modernas e sua busca pela disciplina, no modelo panóptico não é necessário as grades, correntes ou barras para a dominação, a visibilidade permante é uma forma de poder própria, e segundo ele não só as prisões evoluíram conforme esse modelo, mas todas as estruturas hierárquicas como escolas, hospitais, fábricas e os quartéis.

No final do século XVIII e início do século XIX surge na Filadélfia os primeiros presídios que seguiam o sistema celular, ou sistema da Filadélfia como também é conhecido, era um sistema de reclusão total, no qual o preso ficava isolado do mundo externo e dos outros presos em sua cela, que além de repouso servia para trabalho e exercícios.

Em 1820 outro sistema surge nos Estados Unidos, conhecido como “Sistema Auburn” ou “Sistema de Nova Iorque”, continha uma certa similaridade com o sistema da Filadélfia, a reclusão e o isolamento absoluto, mas neste novo sistema esta reclusão era apenas durante o período noturno. Já durante o dia as refeições e o trabalho eram coletivos, mas impunha-se regra de silêncio, os presos não podiam se comunicar ou mesmo trocar olhares, a vigilância era absoluta.

É em Norfolk, colônia inglesa, nasce um novo sistema prisional que combina os outros dois sistemas e cria a progressão de pena. O regime inicial funcionava

como o Sistema da Filadélfia, ou seja, de isolamento total do preso; após esse período inicial o preso então era submetido ao isolamento somente noturno, trabalhando durante os dias sob a regra do silêncio (sistema de Auburn). Nesse estágio, o preso ia adquirindo “vales” e, depois de algum tempo acumulando esses vales, poderia entrar no terceiro estágio, no qual ficaria em um regime semelhante ao da “liberdade condicional” e, depois de cumprir determinado prazo de sua pena, seguindo as regras do regime, obteria a liberdade em definitivo.

Após essa experiência em Norfolk, o sistema é levado para a Inglaterra e aperfeiçoado na Irlanda. No novo sistema irlandês, há uma quarta fase, antes da “liberdade condicional”, na qual o preso trabalhava em um ambiente aberto sem as restrições que um regime fechado compreende. Após esse período, vários outros sistemas de prisão foram surgindo, como o Sistema de Montesinos na Espanha que tinha trabalho remunerado, e previa um caráter “regenerador” na pena. Na Suíça criam um novo tipo de estabelecimento penitenciário, em que os presos ficavam na zona rural, trabalhavam ao ar livre, eram remunerados e a vigilância era menor.

2.2.1 As Prisões no Brasil

O Brasil, até 1830, não tinha um Código Penal próprio por ser ainda uma colônia portuguesa, submetia-se às Ordenações Filipinas, que em seu livro V trazia o rol de crimes e penas que seriam aplicados no Brasil. Entre as penas, previam-se as de morte, degrado para as galés e outros lugares, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu; não existia a previsão do cerceamento e privação de liberdade, posto que as ordenações são do século XVII e os movimentos reformistas penitenciários começam só no fim do século seguinte, os estabelecimentos prisionais do Brasil seguiam o antigo entendimento de prisão como meio de evitar a fuga para a pena que viria e não como fim, como pena.

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil começa a reformar seu sistema punitivo: bane-se as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis; determina-se que as cadeias devem ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza

dos seus crimes”. A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas.

Em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão é introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua); com o novo Código Criminal a pena de prisão passa a ter um papel predominante no rol das penas, mas ainda se mantinham as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). O Código não escolhe nenhum sistema penitenciário específico, ele deixa livre a definição desse sistema e do regulamento a ser seguido a cargo dos governos provinciais.

Em seu art. 49, já se notava a dificuldade de implantação da pena prisão com trabalhos na realidade brasileira.

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

O artigo mostra como a situação penitenciária da época era precária, o próprio Código já apresentava uma alternativa para a pena de “prisão com trabalho”, se esta não estivesse disponível para o réu.

As penitenciárias do Brasil ainda eram precárias e sofriam de variados problemas; em 1828 a Lei Imperial de 1º de outubro cria as Câmaras Municipais e, entre suas atribuições, têm em seu art. 56 o seguinte:

“Art. 56. Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão a visita das prisões civis, militares, e ecclesiasticas, dos carceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos publicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam”.

Essas comissões que visitavam as prisões produziram relatórios de suma importância para a questão prisional do país, trazendo a realidade lastimável desses estabelecimentos. O primeiro relatório da cidade de São Paulo, datado em abril de 1829 já tratava de problemas que ainda hoje existem, como falta de espaço para os presos, mistura entre condenados e aqueles que ainda aguardavam julgamento. Já no relatório de setembro do mesmo ano, a situação relatada pela comissão é ainda pior:

Ao descrever o sórdido ambiente, imundo e cheio de fumaça, deixa-se claro que os presos faziam pequenos objetos (pentes, colheres) com chifres de boi. Assistência médica precária, alimentação ruim e pouca, mistura de presos condenados e não condenados, falta de água, acúmulo de lixo fizeram a comissão concluir que tal era “*o miserável estado da Cadeia capas de revoltar ao espírito menos philantropo*”.

Os relatórios dos anos seguintes apresentam, em sua maioria, a mesma realidade já apresentada, criticando a precariedade dos estabelecimentos prisionais, constando ofensa clara à Constituição de 1824, que trazia instituições prisionais “limpas, seguras e bem arejadas...”, no relatório de 1841 a comissão já tratava a Cadeia como uma “escola de imoralidade erecta pelas autoridades, paga pelos cofres públicos”. A comissão desse ano apresenta um olhar mais crítico, trazendo sugestões para a futura Casa de Correção de São Paulo (inaugurada em 1852) assim como propostas imediatas, como tirar daquele ambiente os presos considerados “loucos”, a separação dos demais presos por ambientes e a melhoria na higiene e na alimentação.

É nessa época que se inicia o debate no Brasil quanto aos sistemas penitenciários estrangeiros, principalmente o Sistema da Filadélfia e o Sistema de Auburn, já que no ano de 1850 e 1852 as Casas de Correção do Rio de Janeiro e de São Paulo seriam inauguradas, respectivamente. Foram influenciadas pelo estilo panóptico de Jeremy Bentham, notável era a preocupação em criar um ambiente favorável para o cumprimento das penas que o Código de 1830 trouxe (prisão simples e prisão com trabalho) e para o Sistema de Auburn, que foi escolhido para as duas prisões, elas continham oficinas de trabalho, pátios e celas individuais.

Ambas as cadeias apresentavam um quadro deslocado comparado com a situação das outras prisões do país, elas não provocaram um mudança nas outras prisões que mantinham aquele padrão violento e com ambientes impróprios para uma cadeia. As duas novas cadeias foram bem sucedidas considerando-as como um sistema único, mas não suficiente para mudarem o panorama das outras prisões do Brasil, que continuou terrível. Elas abrigavam todo tipo de preso, desde presos condenados à prisão com trabalho, prisão simples, presos condenados às galés, presos correcionais (não sentenciados) como também vadios, mendigos, desordeiros, índios, africanos “livres” e menores.

É a partir de 1870 que começam as críticas a Casa de Correção de São Paulo e principalmente ao sistema de Auburn que era adotado. Até então, no Brasil, marcado pela escravidão, o sistema Auburn se encaixava muito bem com a mentalidade da época.

O País sofria influência de várias doutrinas norte-americanas e europeias, relativas ao crime, criminoso e o próprio sistema carcerário, essas influências lentamente influenciaram os operadores do Direito Penal no Brasil até sua consagração em 1890 com o novo Código Penal. O sistema da Filadélfia é cogitado para ser implantado no País por alguns defensores, mas o sistema irlandês prevalece, já que conciliava o sistema de Auburn (em vigor até então) e o sistema da Filadélfia.

O novo Código aboliu as penas de morte, penas perpétuas, açoite e as galés e previa quatro tipos de prisão: a prisão celular, a maioria dos crimes previstos no Código tinha esse tipo de punição (art. 45); reclusão em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares destinada para os crimes políticos contra a recém-formada República (art. 47 do Código); prisão com trabalho que era *“cumprida em penitenciárias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares”* (art. 48 do Código); Prisão disciplinar *“cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos”* (art. 49), uma inovação do Código foi o limite de 30 anos para as suas penas.

O Código, em seus arts. 45 e 50 assumem claramente o Sistema Progressista Irlandês, notadamente pela progressão de pena presente no regime prisional do mais fechado, até o regime aberto:

“Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:

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

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

Art. 50. O condemnado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

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

Desde a promulgação do Código Criminal de 1830, já se percebia uma escassez de estabelecimentos próprios para o cumprimento das penas previstas no Código. A realidade no novo Código de 1890 é a mesma, enquanto a maioria dos crimes previa pena de prisão celular (que envolvia trabalhos dentro do presídio) não existiam estabelecimentos desse tipo para o cumprimento e havia um déficit de vagas enorme. Novamente o legislador se vê obrigado a criar alternativas para o cumprimento dessas penas como se vê no art. 409:

“Art. 409. Enquanto não entrar em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prisão celular será cumprida como a de prisão com trabalho nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com augmento da sexta parte do tempo.

§ 1º A pena de prisão simples em que for convertida a de prisão celular poderá ser cumprida fóra do logar do crime, ou do domicilio do condemnado, si nelle não existirem casas de prisão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena terá de ser cumprida”.

Existia um grande abismo entre o que era previsto em lei com a realidade carcerária; por exemplo, no ano de 1906, foram condenados 976 presos, no estado de São Paulo, à prisão celular, existiam apenas 160 vagas para esse tipo de prisão no estado, portanto 816 presos (90,3%) cumpriam pena em condições diversas àquela prevista no Código Penal vigente. Essa disparidade entre pena e lei dava-se pela grande quantidade de crimes com previsão de pena celular, e uma absoluta falta de estabelecimentos próprios para o cumprimento dessa pena.

O problema da falta de vagas nas prisões da Capital criava outro grave problema de deterioração do ambiente dos presos. E como demonstra Salla este quadro todo era agravado por uma prática comum das comarcas do interior, a transferência dos presos para a Cadeia da Capital, quando a comarca não tinha uma prisão própria para o cumprimento da pena. A prática torna-se tão comum que o chefe da Polícia, João Baptista de Mello Peixoto, emite uma circular, em novembro de 1895, pedindo para os juízes priorizarem a transferência dos presos para comarcas vizinhas em vez da Cadeia da Capital.

No final do século XIX o problema penitenciário no estado de São Paulo é aparente, inicia-se um movimento para a modernização de todo o sistema

penitenciário, não só dos estabelecimentos, mas também das leis e a “criação de várias instituições que comporiam uma rede de prevenção e repressão ao crime e de tratamento ao criminoso”. Um dos envolvidos nesse projeto era o Senador Paulo Egydo do Senado paulista, ele é o precursor de um grande projeto que modificaria todo o sistema penitenciário estadual *“previa a construção, ou adaptação quando já existentes, de casas de prisão preventiva em cada uma das circunscrições judiciárias em que se dividia o estado”*, criação de novos cargos para a administração penitenciária, criação de prisões no interior, “determinava uma distribuição geográfica na administração das penas” (condenados com pena de prisão celular por um tempo menor de oito anos cumpriam a mesma no interior, caso fosse maior, cumpriam na própria capital), o projeto ainda inova com a criação de novos procedimentos e principalmente com a vinculação da medicina com a vida no presídio *“sob a influência das ideias então predominantes na criminologia, de desenvolver um “tratamento penitenciário”*, também previa a criação de um órgão fiscalizador dos presídios estaduais, assim como a Sociedade Protetora dos Condenados, que seria uma espécie de ouvidoria para as reclamações do preso, assim como para acompanhar este durante o cumprimento da pena e prestar auxílio a ele e sua família. O projeto, por ser considerado caro, acabou não sendo aprovado.

Desde que o Código Penal de 1890 entrara em vigor, percebia-se a necessidade de um estabelecimento mais adequado para o cumprimento das penas. Mas é apenas em 1905 que é aprovada uma nova lei para a substituição da antiga penitenciária e conseqüente construção de uma nova. A nova penitenciária, a Penitenciária do Estado, em seu projeto original, de Samuel das Neves, iria conter 1.200 vagas, teriam oficinas de trabalho, tamanho de celas adequado, assim como boa ventilação e iluminação das mesmas. O projeto então é passado para estudo de Ramos de Azevedo, sofrendo pequenas adequações em sua estrutura e é inaugurada em 1920, mesmo não estando completamente concluída.

2.2.2 As Penas no Brasil

Período colonial

O Brasil colonial teve seu início em 1500, e se encerrou por volta de 1822. No início quando o Brasil foi descoberto, a primeira legislação que passou a vigorar foi as Ordenações Afonsinas, as mesmas de Portugal. Estas, porém não ficaram em vigor por muito tempo, tendo uma importância apenas para a elaboração das Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Manuelinas teve o seu início por volta de 1512, ficando definitivamente pronta em 1521. Esse novo diploma tinha por objetivo satisfazer a vaidade de D. Manuel, sendo que este novo diploma era a cópia do código anterior acrescida pelas leis extravagantes, e com a diferença do nome, pois este queria ter seu nome gravado na história (BUENO, 2003, p. 145). Essa nova codificação, assim como sua antecessora, não teve aplicação, “pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas” (DOTTI, 1998, p.43).

Em 1603, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, e entrou em vigor o Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal. Este código ficou famoso por suas severas penas.

Este livro ignorava totalmente os valores fundamentais humanos, continha um vasto número de condutas que eram proibidas, e inúmeras punições extremamente brutais.

As condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois os indivíduos de classes sociais inferiores, ficavam reservado às punições mais severas, já à nobreza, ficavam lhes garantido certos privilégios. Essas distinções ainda eram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu (BUENO, 2003, p. 144).

O legado deste código é marcado pela desproporção entre o delito praticado e a pena. Edgard Magalhães Noronha (2001, p. 55) descreve algumas modalidades de pena:

O “morra por ello” se encontrava a cada passo. Aliás a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó.

Além das penas corporais, não se pode esquecer os castigos infames, em que a pessoa do ser humano era exposta de forma vexatória, com o fim de acabar com sua moral e boa fama. O princípio da pessoalidade da pena, que vigora nos

dias de hoje, era totalmente desconhecido, pois não raras vezes, a vergonha daquele que sofreu a humilhação era suportada por varias gerações.

Um caso clássico que ocorreu nesta época foi a do mártir da inconfidência mineira, José da Silva Xavier (Tiradentes).

René Ariel Dotti (2003, p. 27) nos traz um trecho da sentença (respeitada à ortografia do original) que condenou Tiradentes:

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico dela será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu.

Período Imperial

O período imperial teve seu inicio em 1822, quando o Brasil conquistou sua independência de Portugal. Entretanto as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato, pois iria se aguardar a elaboração de um novo código.

Esta nova fase do Brasil ocorre uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais, o Brasil se desenvolve sob o manto da liberdade social. O movimento iluminista europeu teve grande influência, na criação dos princípios fundamentais do nosso direito penal, como exemplo o princípio da irretroatividade, da pessoalidade da pena, etc.

Em 1824 foi outorgada a primeira constituição. Esta trazia garantias a liberdades públicas e dos direitos individuais. O novo diploma legal previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade (DOTTI, 1998, p.50).

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal, pelo imperador D. Pedro I. Este novo código reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção

das penas infamantes. Surgiu a pena de privação de liberdade, na qual substituiria as penas corporais (DOTTI, 1998, p. 53).

A prisão passou a ter uma função de emenda e reforma moral para o condenado. Tempos depois ainda na vigência do império, a pena de morte, se extinguiria por completo, devido ao um erro judicial, em que o fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro, teria sido condenado à forca por homicídio, descobrindo-se posteriormente o equívoco (BUENO, 2003, p. 149).

Período Republicano

Em 1889 o Brasil se tornou República com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. Diante de alguns avanços sociais, como a lei Áurea, o antigo Código Criminal do império, necessitava ser urgentemente substituído.

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convolou o projeto no “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”. Este novo Código possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a pena ainda conservava seu caráter “instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social” (SCHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 41).

Mediante as circunstâncias em que o Código foi criado, juristas da época o criticavam muito por suas imperfeições técnicas e pela deficiência de seus conceitos. Diante desses defeitos em 1893 já era apresentado à Câmara dos Deputados um novo projeto de reforma, sendo que não houve êxito.

Em 1927 o Desembargador Virgílio de Sá Pereira, divulgou o projeto por incompleto do Código Penal. Este projeto era dividido em duas classes: principais e acessórias. As primeiras seriam as multas, o exílio local, a detenção, a prisão e a relegação. As segundas seriam a interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro (DOTTI, 1998, p. 58).

Diante de uma enxurrada de leis, e as fortes tendências em rever o Código Penal de 1890, o governo promoveu uma consolidação das leis existentes. Pois, “havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento” (DOTTI, 1998, p. 58). O encarregado de realizar está consolidação foi o desembargador Vicente Piragibe.

Em 1934 houve a promulgação da Constituição da República. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Em 1937 com a entrada do Estado Novo, as mudanças na área política influenciaram a lei penal. A Constituição Federal é outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece. Neste momento histórico os direitos e garantias individuais são limitados pelo bem público e a segurança do Estado (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, 42).

O novo ministro da justiça Francisco Campos designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão, detenção, segregação e multas. O anteprojeto ainda adotou o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação (DOTTI, 1998, p. 65-66).

Em 31 de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal. “Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado, o Código Penal teve em Néelson Hungria seu principal redator” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p.43), o Congresso Nacional ainda encontrava-se fechado.

Este Código é caracterizado segundo Shecaira e Corrêa Junior pelo “tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia” (2002, p. 43).

Em 1946 a Constituição Federal foi novamente promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 44). Os autores ainda lecionam que “a finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja, buscava-se a recuperação social do condenado”.

Em 1964 houve o golpe militar, no entanto não foram alteradas de imediato as leis penais, mas as garantias formais da legislação de nada adiantariam frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas. Em 1969 os

ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial (DOTTI, 1998, p. 79).

Este futuro diploma prévia de forma expressa em seu artigo 37 a finalidade de prevenção especial, “proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social” (DOTTI, 1998, p. 79).

O Código Penal de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da nossa história, sendo revogado pela Lei n. 6.578/78 (BITENCOURT, 2009, p. 49). A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, reprimiu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento.

Ariel René Dotti (1998, p. 45):

Novos caminhos se abriram às ciências penais com 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 fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental.

A reforma penal de 1984

A lei 7.209, de 11 de julho 1984 fez uma reforma na parte geral do Código Penal de 1940. Esta reforma trazia consigo a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o ultimo reservado apenas para os inimputáveis). “A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 46).

René Ariel Dotti leciona que “o Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas idéias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais”. Assim ele nos ressalta cinco linhas fundamentais, que seria: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança (1998, p. 93).

A lei 9.714/98

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário fazer algumas atualizações, pois a nova Carta Magna trazia novas modalidades de sanções penais e ainda renovava na linguagem utilizada no rol constitucional de penas.

Esta nova lei “inaugurou de forma pouco técnica e bastante precipitada, um novo sistema de penas na legislação nacional” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 47).

As alterações sofridas por esta Lei destacam-se os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

O jurista Miguel Reale Junior critica o abandono da prisão-albergue e a falta de critérios rigorosos para nortear os princípios necessários para a substituição da pena privativa de liberdade, conclui o jurista da seguinte maneira (1999, p. 38-39):

Assim, vários problemas graves são gerados por essa legislação que sem visão de unidade do sistema e do inter-relacionamento dos institutos, sem compreensão da proporcionalidade que deve iluminar a cominação das penas, em função do valor do bem jurídico atingido, e expresso no quantum da pena aplicado, fez terra arrasada no conjunto harmônico e escalonado que constituía a Parte Geral de 1984. É o resultado da precipitação dos autores do projeto, cujas viseiras impediram o reconhecimento do conjunto e a compreensão das relações entre os institutos.

2.2.2.1 Os Regimes de Pena no Brasil

Cabe ao Estado aplicar os tipos de penas existentes ao transgressor da ordem social. Sendo a pena de uma forma ampla, a perda de bens jurídicos impostos pelo órgão da justiça, a quem pratica algum crime.

Traz o artigo 68 do CP “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuante e agravante; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Assim, o processo para a aplicação da pena começa com a análise do art. 59 do CP, tendo esse artigo determinado que o juiz deve realizar a análise de algumas características do caso concreto, para assim aplicar a pena. Como exemplo dessas características tem à conduta social, à personalidade do agente e as consequências do crime, como reza o art. 59:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Após a efetiva análise realizada do art. 59 do CP, verificam-se em seguida as circunstâncias atenuantes e agravantes do ato cometido. A função de agravar a pena é para que se tenha o ajuste da pena a real gravidade do fato e a culpabilidade acrescida do agente no seu crime. Sendo assim, se aplica o aumento da pena de acordo com os agravantes cometidos pelo agente. Trata o art. 65 do CP à respeito das circunstâncias em que deve o juiz ponderar na aplicação da pena, com o efeito atenuante. A quantidade a ser atenuada ou agravada, não é fixada previamente, cabendo a cada juiz aplicar no caso concreto a quantidade a ser atenuada ou agravada. Quanto à natureza e aplicação das circunstâncias, assim traz FERNANDO CAPEZ:

Quanto à sua natureza:

- a) Objetivas ou reais: dizem respeito aos aspectos objetivos do fato típico. Exemplo: lugar e tempo do crime, objeto material, qualidades da vítima, meios e modos de execução e outras relacionadas ao de delito;
- b) Subjetivas ou pessoais: relacionam-se ao agente, e não ao fato concreto. Exemplos: Antecedentes, personalidade, conduta social, reincidência e motivos do crime.

Quanto à sua aplicação:

- a) Judiciais: não estão elencadas na lei, sendo fixadas pelo juiz, de acordo com os critérios fornecidos pelo art. 59 do Código Penal;
- b) Legais: estão expressamente discriminados em lei, e sua aplicação é obrigatória por parte do juiz.

Por último, segundo o artigo 68, é realizada a análise das causas de diminuição e aumento da pena. Esses sendo elencados na legislação vigente. Como, por exemplo, de diminuição o art. 16 e de aumento o art. 71, ambos do CP.

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída à coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar,

maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Traz o art. 32 do CP, quais são as espécies de pena aplicadas em nosso sistema penal. Assim temos:

Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.

Pena Privativa de Liberdade

As penas privativas de liberdade estão previstas pelo código penal, para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. A lei das contravenções penais também prevê pena privativa de liberdade que é a prisão simples.

As diferenças entre reclusão e detenção, é que os crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência, a pena de reclusão pode iniciar seu cumprimento no regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente com o descumprimento as condições impostas pelo juiz, poderá levar o condenado a pena de detenção ao regime fechado, através da regressão de regime. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto (art.33caput, 1ª parte).

No regime fechado, o preso cumpre pena em penitenciária (art. 87 da LEP), sujeitando a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno (art.34,§1º, do CP), porém, na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de mera carta de intenções do legislador brasileiro. Com a superlotação carcerária jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno.

No regime semiaberto será cumprido com trabalho e estudo diurnos, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e recolhido em celas coletivas no período noturno (art.35, §1º e 2º do CP). Neste regime o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. O juiz na própria sentença já poderá conceder o serviço externo ou

posteriormente o juiz da execução poderá concedê-lo desde o início do cumprimento de pena.

No regime aberto, fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art.36 caput CP), ele deverá fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga (art.36 do CP), que deverá demonstrar que merece a adoção desse regime sem frustrar os fins da execução penal sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso (art.36,§2º do CP).

A lei 10.792/2003 alterou a lei de execução penal, estabelecendo o chamado regime diferenciado, trata-se de um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por um maior isolamento do preso e maiores restrições deste com o mundo exterior. Que se aplica ao condenado definitivo quanto ao preso provisório, através de autorização judicial, como sanção como disciplinar, com o prazo máximo de 360 dias ou como medida preventiva e acautelatória para as hipóteses determinadas no art. 52§§1º e 2º da Lei de execução penal.

Pena Restritiva de Direitos

A segunda espécie de pena são as restritivas de direito, que são elencadas no art. 43 do Código Penal.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação pecuniária;
II – perda de bens e valores;
III – (VETADO)
IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V – interdição temporária de direitos;
VI – limitação de fim de semana.

A pena restritiva de direitos é sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Trata-se de espécie de pena alternativa. Irá ser aplicado aos crimes com menor grau de responsabilidade, com penas mais brandas. Está ligada ao princípio da proporcionalidade.

De acordo com o art. 44 do Código Penal as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

Art. 44 - ...

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Importante lembrar que nos crimes de extorsão (art. 158, CP) e roubo (art. 157, CP) não cabe a substituição da pena. Já quando se tratar de lesão corporal, normalmente, não vai para pena privativa de liberdade, pois é julgado pelo rito sumaríssimo.

Pena de Multa

O Direito penal comporta dois tipos de sanção: a pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa) e a medida de segurança (detentiva ou restritiva), sendo que este trabalho ficará restrito à pena de multa.

A pena de multa, também conhecida como pena pecuniária, é uma sanção penal (não é tributo), consistente na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao fundo penitenciário determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa, atingindo o patrimônio do condenado.

A pena de multa, na lei penal, pode ser prevista como punição única, a exemplo do que ocorre na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº. 3688/41), ou pode ser cominada e aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, a exemplo do artigo 155 do Código Penal, quando trata do crime de furto, prevendo em seu preceito secundário a pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, ou ainda de forma alternativa, com a pena de prisão, a exemplo do crime de perigo de contágio venéreo, previsto no Art. 130, cominando pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Quando a multa é punição única ou nos casos em que ela encontra-se cumulada com a pena de prisão, ao magistrado, no caso de condenação, será

obrigatória a sua aplicação, sob pena de ferir o princípio da legalidade ou da inderrogabilidade da pena.

Já nos casos em que a pena de multa estiver cominada de forma alternativa com a pena privativa de liberdade, o magistrado, terá uma discricionariedade regrada pelo art. 59, inc. I, do Código Penal, para escolher entre uma ou outra, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Todas as vezes que o magistrado estiver fazendo a aplicação da pena de multa, seja ela isolada, cumulada ou alternativamente aplicada, deve seguir os limites legais, ou seja, a expressão “multa” deve ser entendida como sendo de 10 a 360 dias-multas. É o que se depreende do artigo 49, *caput*, do CP, quando dispõe: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

3 DESIGUALDADES NO DIREITO À VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS FEMININOS

A Constituição Federal instituiu, em seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus pilares a dignidade humana. Na Carta Magna, tratando de direitos e garantias fundamentais, afirma-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal proclamação de igualdade é reiterada, tendo como objeto o gênero, no inciso I do art. 5º: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

No mesmo sentido, por meio de publicação do Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas, a ONU prevê regras mínimas que devem ser cumpridas no tratamento de reclusos (MORAES; SMANIO, 2002, p. 156). O princípio básico consagrado pela Organização das Nações Unidas é a igualdade, ao afirmar que:

"as regras que se seguem devem ser aplicadas, imparcialmente. Não haverá discriminação alguma com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição". (MORAES; SMANIO, 2002, p. 157)

No entanto, a realidade prisional do Brasil, marcada pela superlotação, falta de acesso à saúde, ausência de atividades, levando a revoltas e violência, está muito longe de ao menos se parecer com as condições carcerárias proclamadas pela ONU, pela Constituição Federal, pela Lei de Execução Penal e pelos inúmeros tratados internacionais com os quais o Brasil assumiu compromissos, no que se refere ao tratamento dos presidiários.

Quando se volta o foco para os detentos do sexo feminino, a distância entre teoria e prática é ainda maior. O princípio da igualdade é, inúmeras vezes, simplesmente ignorado, notadamente sob o falso argumento de proteção da mulher custodiada contra abusos sexuais ou sua exposição, mesmo quando se refere ao exercício da livre disposição da própria sexualidade.

As normas penais e sua execução foram estruturadas (BORGES, 2007, p. 193), assim como outras formas de controle social, a partir do ponto de vista masculino, sendo as especificidades femininas desconsideradas (BUGLIONE, 2000, on-line), diante de uma sociedade com ranços machistas que vê a mulher na

expressão da sexualidade apenas como um objeto de satisfação masculina e com uma postura passiva, sem direito ao livre exercício da liberdade sexual, com o parceiro que quiser.

Embora a prisão se apresente como um espaço majoritariamente masculino, as taxas de delinquência feminina encontram-se em constante elevação. A mulher vem, ao longo do tempo, ampliando sua participação na sociedade, inclusive no mundo do crime (LIMA, 2006, p.11), sendo uma constante o seu envolvimento com criminosos, que as iniciam na criminalidade.

Quanto ao perfil das encarceradas adotou-se como paradigma o das prisioneiras no Estado de São Paulo, onde foi realizada pesquisa pela FUNAP - Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel de Amparo ao Preso, em 2002 (HOWARD, 2006, p. 23 apud CASTILHO, 2007, p. 39), 75% das presas tinham entre 18 e 34 anos, 54% era solteira e somente 18% não tinham filhos, isto é, todas eram sexualmente ativas, e 82% das encarceradas eram mães e destas 66% declararam no ato da prisão que conviviam com seus filhos. Das encarceradas, 44% envolveram-se com drogas e 40% com roubo.

Dessa forma, este estudo tem por objeto central a revisão bibliográfica sobre a opressão de gênero vivenciada no sistema penitenciário brasileiro, tratando especificamente do aspecto da visita íntima para as mulheres em condição de encarceramento, tendo em vista sua importância para a materialização da dignidade humana das encarceradas e para materialização da igualdade, ambas proclamadas pela Constituição Federal, buscando determinar a sua natureza jurídica como sendo um direito inerente àquela dignidade, previsto inclusive na legislação infraconstitucional ou limitada à categoria de "regalia" administrativa, como instrumento de controle e mérito.

3.1 AS MULHERES PRESAS

A mulher, mesmo quando inserida no contexto social, foi e continua sendo discriminada, excluída (FRANCO, 2004, p. 21). Apesar do desenvolvimento da ciência e do seu rompimento com a Igreja, a moral cristã relacionada à sexualidade continuou a influenciar as vidas das pessoas, o que pode ser notado com certa facilidade dos discursos criminológicos. É feito ainda uso de discurso médico e

psicanalítico a respeito das diferenças entre masculino e feminino, transmitido entre gerações, impondo estereótipos entre os papéis sexuais (MARTINS, on-line).

Há de se considerar que a prisão, por si só, é um ambiente que favorece a violação de direitos. "O cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora" (ESPINOZA, 2004, p. 78) e o indivíduo que nele se encontra apresenta ruptura, em diversos níveis, dos vínculos sociais. Não se trata apenas da perda da liberdade, mas da privação por completo da capacidade de autodeterminação.

O cárcere produz em seus internos - quer sejam homens, quer sejam mulheres, efeitos e sentimentos análogos (LOPES, 2007, on-line). A despeito disso, na prisão, homens e mulheres formam sistemas sociais distintos e são socializados de maneira diferente, havendo uma maior incidência de objetivos moralizadores nas mulheres presas, para que estas assumam valores de passividade e submissão (ROSTAINING apud ESPINOZA, 2004, p. 81), retomando o papel de esperado pela sociedade, de esposas e mães exemplares, dedicadas às suas famílias e aos homens.

Tratar da mulher no sistema penitenciário apresenta um dilema, pois à esta sempre coube cuidar da família, dos afazeres domésticos, dos filhos, e essa é a imagem associada no imaginário social, como alguém frágil e dócil. Como poderia, ela, então, estar confinada por descumprir as regras sociais? (LIMA, 2006, p. 11)

A "educação penitenciária" busca, prioritariamente, reinstalar nas mulheres o sentimento de pudor, sendo estas objeto de incidência de objetivos moralizadores (ESPINOZA, 2004, p. 79-81), o que representa uma intervenção estatal na autodeterminação das pessoas, como corolário da dignidade humana e da liberdade de orientação e formação.

É importante ressaltar que as mulheres encarceradas são relegadas a segundo plano no sistema carcerário. Consoante informações do Departamento Penitenciário Nacional, há apenas 58 presídios no país que se destinam apenas à detenção de mulheres. A maioria dos estabelecimentos penais em que elas se encontram detidas são mistos, e nelas são adaptadas alas e celas para as mulheres, sem qualquer tipo de tratamento voltado para a ressocialização das presas, com equipamentos como creche ou berçário para seus filhos.

O tratamento prisional para a encarcerada é pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da

mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º., inciso XLVIII, segundo o qual "...a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado..." (BORGES, 2005, p. 87).

Então, uma das consequências da não-aplicação da individualização da pena, em geral, é negar ou impedir que "...a dinâmica punitiva estatal se volte às finalidades político-criminais, reconhecendo que cada fato ou delinquente possui peculiaridades dependentes de um tratamento diferenciado..." (CASTRO, 2010, p. 83).

Com efeito, além do descumprimento daquela regra constitucional na prática prisional brasileira, dele decorre a discriminação e opressão da mulher encarcerada, porquanto, conforme explica Castilho (2007, p. 38), citando GARCIA:

"...a prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas consequências para sua família, na forma como o Judiciário reage em face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio."

As encarceradas encontram-se multiplamente excluídas e estigmatizadas. Carregam o estigma, inicialmente, de serem mulheres. Em sua maioria, as presidiárias são de baixa renda e escolaridade precária, carregando consigo a marca da pobreza. Posteriormente, com o seu ingresso na prisão, recebem a cicatriz de delinquente, que se perpetuará mesmo após alcançarem a liberdade, o que é bem explicado pela Teoria do Labeling Approach (GENOVÉS; UTNE; ILLESCAS, 1999, p. 369).

As políticas penitenciárias foram pensadas pelos homens e para os homens. As mulheres são, portanto, uma parcela da população carcerária situada na invisibilidade, suas necessidades por muitas vezes não são atendidas, sua dignidade é constantemente violada.

Talvez isto decorra da circunstância de que as políticas penitenciárias estejam voltadas para as altas estatísticas da criminalidade masculina, que prepondera em todos os países do mundo (GENOVÉS; UTNE; ILLESCAS, 1999, p. 304), chegando-se mesmo à tentativa de explicação daquela diferença por meio da preparação e

características esperadas das mulheres, no sentido de preocupar-se com as demais pessoas e de cuidar de suas relações humanas, e, por isso, "...es más improbable que se conduzca violentamente com otros. Si las mujeres están mas preparadas para eso, es possible que dimane de esta preparación mayor em sus relaciones humanas una menor tendendia a delinqüir o a ser agresivas." (GENOVÉS; UTNE; ILLESCAS, 1999, p. 308).

A reduzida presença numérica das mulheres perante a população carcerária masculina não pode ser usada como justificativa para a violação de seus direitos. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, no Brasil, elas representam cerca de 6,5% dos presidiários. No entanto, deve-se levar em conta a taxa anual de crescimento do número de mulheres encarceradas é de 11,5%, muito superior à masculina. É de suma importância que as necessidades femininas sejam levadas em conta pelo sistema carcerário.

3.2 VISITA ÍNTIMA

Começamos citando Bittencourt:

"A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a personalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente (2004, p. 220)."

Na atualidade, considera-se que a privação de relações sexuais corresponde a um tratamento cruel dentro das prisões, representando uma punição excessiva e sem justificção legal (BITENCOURT, 2004, p. 219). Todavia, quando a maioria dos autores trata da visita íntima, simplesmente fecham os olhos para a mulher em condição de encarceramento.

Ainda há grande dificuldade para reconhecer o direito da mulher sobre o próprio corpo, seus direitos sexuais e reprodutivos na sociedade em geral. A dificuldade é ainda mais grave para as presas (LIMA, 2006, p. 15). Permitir a visita íntima significaria conceder liberdade feminina numa sociedade ainda patriarcal e

sexista, na qual, embora seja garantida constitucionalmente a igualdade entre os sexos, ainda se constata a discriminação das mulheres no cotidiano (SANTOS et.al., on-line).

É evidente o protecionismo discriminatório existente ao tratar da sexualidade feminina. A mulher encarcerada é desestimulada em sua vida sexual pela burocratização do acesso à visita íntima, havendo ainda que se considerar que o sistema punitivo brasileiro não possui uma coerência na execução da pena, fazendo com que os presidiários tenham de se adaptar às ideologias dos novos diretores (BUGLIONE, 2000, on-line).

Constata-se que as mulheres são mais submissas aos regulamentos das prisões, tendo receio de lutar pelo direito à visita íntima, temendo ser consideradas promíscuas, reafirmando, destarte, a predominância da educação patriarcal imposta há séculos (SANTOS et. al., on-line). Muitas vezes, a discriminação vem das próprias encarceradas, pois a mulher

...se sente humilhada por manifestar o desejo de ter 'desejo', quando vai para a visita íntima. Neste caso, o delito é o desejo. E, sendo assim, ela é julgada e condenada. Nesse tribunal, as participantes são as próprias mulheres, sejam as que se encontram nas mesmas condições, isto é, presas, sejam as 'outras', isto é, mulheres trabalhadoras da instituição (LIMA, 2006, p. 79).

O discurso proclamado pelas autoridades e funcionários das instituições penitenciárias para justificar a desigualdade entre homens e mulheres, no tocante à visita íntima, tem como base argumentos de que a mulher engravida, tem necessidades sexuais diferentes das masculinas e, portanto, não necessitaria de relações sexuais (LIMA, 2006, p.11-12). Tais explicações em muito se aproximam daquelas culturas em que se extirpa o clitóris desde criança.

As condições de visita íntima nos presídios masculinos seguem regras bem diferentes daquelas destinadas aos estabelecimentos femininos. São menos rígidas, organizadas de maneira a favorecer o contato com as parceiras, facilitando a presença das mesmas assim como a manutenção do elo familiar. Propiciam-se condições para o encarcerado possa aplacar a sua concupiscência, garantindo a satisfação e tranquilidade masculinas e, por via de consequência, o controle da prisão, para evitar amotinamentos. Entretanto, a lógica se inverte em relação às

mulheres, nas quais não se veem as mesmas necessidades sexuais e chega-se mesmo a inverter até a lógica constitucional do planejamento familiar, o qual é direito do casal, sendo vedada a intervenção estatal na matéria, pretendendo-se evitar gravidez decorrente dos relacionamentos sexuais, durante as visitas íntimas.

Ao comparar as visitas íntimas nos presídios femininos e masculinos torna-se evidente a discrepância no que diz respeito à autorização de visita para os que não são casados legalmente.

3.3 LEGISLAÇÃO

É necessário fazer a análise legislativa da Constituição Federal, que proclama, no inciso I, de seu art. 5º, a igualdade entre os sexos.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Sendo assim, a visita íntima, ampla e facilmente permitida aos homens encarcerados deveria ser, da mesma forma, entendida às mulheres encarceradas. No entanto, essa ideia não traduz a realidade brasileira. A visita íntima é uma questão contraditória na legislação nacional. A Lei nº. 7.210, de 11-07-1984, Lei de Execuções Penais, regulamenta a execução das penas privativas da liberdade e as medidas de segurança bem como as demais medidas reabilitadoras do condenado.

O condenado não deve cumprir, seja quantitativa, seja qualitativamente, pena diversa daquela que lhe for aplicada pela sentença. Os direitos a ele restritos devem estar diretamente expressos na sentença. Todos os outros direitos inerentes à dignidade humana devem permanecer intactos.

Ressalta-se, no entanto, que a Lei de Execuções Penais, não se adequou à igualdade entre homens e mulheres garantida pela Constituição de 1988, adotando na execução criminal o parâmetro masculino, seja por uma questão cultural, seja por uma questão numérica ou estatística.

É no art. 41, inciso X, que está reconhecido o direito do preso a receber visitas, *in verbis*:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

É fundamental para a reintegração social do encarcerado que ele não perca contato com o mundo exterior, que as relações com os familiares e amigos não sejam debilitadas. Mantendo laços com pessoas que se encontram fora do presídio, o preso não se sente como excluído totalmente da sociedade.

A visita íntima, entretanto, não é prevista de forma expressa, em momento algum na LEP. A partir do art. 41, inciso X, interpretado de forma extensiva, vem sendo concedida aos presos, em caráter experimental, a visita íntima de cônjuge ou companheira, notadamente ao se considerar que a visita do cônjuge ou da companheira também abrange o relacionamento íntimo.

Com a Resolução nº 1, de 30 de março de 1999, é que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) recomendou aos Departamentos Penitenciários estaduais que seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos prisionais. O CNPCCP considera a visita íntima como um direito constitucionalmente assegurado aos presos.

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge e outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

Nota-se no artigo acima, que, pela primeira vez, foi reconhecido o direito à visita íntima da mulher encarcerada. Só a partir de então as unidades da federação passaram a instituí-la nos presídios estaduais.

Necessário ainda é ressaltar que estas devem acontecer em local apropriado. É garantida ao preso a visita íntima com periodicidade, ao menos, mensal, como estabelece seu artigo 3º. A resolução ainda assegura que a visita íntima não pode ser suspensa por sanção disciplinar, como segue:

Art. 4º - A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício.

Entretanto, os dois artigos acima dispostos vão de encontro ao parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais, que prevê a suspensão não só das visitas íntimas, mas de qualquer tipo de visita, por simples decisão do diretor do estabelecimento prisional. Eventual superação do conflito não pode se dar por mera prevalência da natureza jurídica daquelas normas, isto é, a lei ordinária deveria prevalecer sobre resoluções, de caráter administrativo, porquanto deve prevalecer um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, diante de toda situação narrada acima e segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, apenas 9,68% das presas recebem visita íntima, realidade que difere drasticamente do que acontece nos estabelecimentos penais masculinos.

Assim, ao tratar do universo feminino, esse tipo de visita, além de importante elemento dinamizador das relações familiares, contribui de forma decisiva para o fortalecimento da auto-estima da detenta, inexistindo qualquer restrição constitucional para tanto, notadamente ao ser constatado o seu freqüente e facilitado exercício nos estabelecimentos masculinos.

É necessária e urgente uma regulamentação da visita íntima, em nível nacional, abrangendo também ambos os sexos, garantindo-a como direito inerente à dignidade humana também das detentas, sejam elas hetero ou homossexuais.

No entanto, ainda mais importante do que isso é o fim do protecionismo discriminatório direcionado às mulheres presas e a aplicação efetiva, ainda que tardia, do princípio constitucional da igualdade entre os sexos, no que se refere ao exercício do direito à visita íntima, facilitada aos homens encarcerados, mas extremamente dificultado às mulheres, pelo legislador brasileiro e pelas administrações penitenciárias.

4 SISTEMA PRISIONAL CAPIXABA: UM NOVO CONCEITO, UMA NOVA POSTURA

O Brasil possui a 4ª população carcerária do mundo.

O Espírito Santo é o 8º Estado brasileiro em número de presos com cerca de 18.371 detentos correspondendo cerca de 3,01% da população carcerária. No ranking estão:

- 1) São Paulo – 219.053 (35,93%)
- 2) Minas Gerais – 61.286 (10,05%)
- 3) Rio de Janeiro – 39.321 (6,45%)
- 4) Pernambuco – 31.510 (5,16%)
- 5) Paraná – 28.059 (4,70%)
- 6) Rio Grande do Sul – 28.059 (4,60%)
- 7) Ceará – 21.789 (3,57%)

Em um passado não muito distante, assistimos a diversos debates sobre o sistema prisional do Brasil e, por diversas vezes, do Espírito Santo. Recentemente, lemos nos jornais reportagens que falam sobre uma suposta “Crise no sistema prisional”, como se essa fosse uma realidade comum a todos os Estados do País.

A impressão que fica é que esses jornais não fazem questão de conhecer a realidade do sistema penitenciário do nosso Estado que, com toda certeza, serviria de bom exemplo para o Brasil e para o mundo.

Nessas reportagens, “especialistas” afirmam que “o sistema prisional atual funciona como uma escola de crime”. Falam em superlotação, seguida de incompetência dos gestores. Afirmam que a gestão prisional é improvisada, que há um absoluto desrespeito aos direitos humanos e que em países como a Alemanha a execução penal é eficaz. Já no Brasil, as pessoas são presas injustamente.

É preciso esclarecer que o sistema prisional não prende ninguém. A polícia prende e o sistema prisional cumpre o seu papel, que é de custodiar essas pessoas privadas de liberdade. E, aqui no nosso Estado, podemos afirmar, com toda certeza, que o sistema prisional cumpre muito bem o seu papel.

Ao contrário do que algumas reportagens afirmam, o sistema prisional no Espírito Santo não mistura menores com maiores. Se em outros Estados brasileiros existe crise, essa não é uma realidade do nosso Estado.

Precisamos contrapor as colocações de “especialistas” que conhecem a realidade desses outros Estados, mas que não conhecem a nossa realidade e, por isso, generalizam.

Os jornais capixabas não divulgam para o mundo o que nós temos de bom e, com certeza, esse seria um produto a ser divulgado porque poderia servir de exemplo para muitos outros Estados.

Não podemos negar que no Espírito Santo existe excesso de presos. Esse é um problema do Brasil, que nenhum especialista teve coragem de apontar os motivos. Todos nós sabemos que o Brasil precisa mudar, muito, e para melhor. Sabemos que Estados como São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul entre outros precisam melhorar seus sistemas prisionais. Já o Espírito Santo tomou essa iniciativa há tempos. Fez o seu dever de casa e iniciou o processo de mudança do sistema prisional capixaba.

Na verdade, o Espírito Santo foi o único Estado da Federação que investiu realmente na recuperação das unidades prisionais. O governo investiu, com recursos próprios, R\$ 454 milhões, na construção de 26 novas unidades prisionais.

Entre unidades construídas, 14 podem ser comparados aos presídios mais modernos dos EUA. Ao ponto de uma dessas unidades, situada na cidade de Cachoeiro de Itapemirim, ser considerada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011 como uma das melhores do Brasil. Esse dado consta do relatório de inspeção do CNJ, publicado no Diário Oficial da União.

Hoje, o Espírito Santo possui 36 unidades prisionais, sendo que desse total, cinco são administradas em modelo de cogestão entre o Estado e empresas terceirizadas.

Dentre as unidades citadas acima está à penitenciária de São Mateus, dividindo-se em ala feminina e masculina.

Para complementar nosso trabalho, no dia 04/11/2015 foi realizada uma visita ao presídio feminino da cidade para identificar a real situação no que tange o tema da pesquisa, ou seja, a visita íntima das reeducandas.

Fui recebida pela diretora da ala feminina a senhora Aline Ozoni Venturini e conduzida a sala onde trabalha. Conversamos sobre o sistema carcerário na nossa cidade onde foi exposto de forma objetiva o trabalho que é desenvolvido com as mulheres que estão cumprindo pena.

Na data da nossa visita havia 78 mulheres reclusas, sendo que 24 estavam no regime fechado e 19 no regime semiaberto e 35 provisórias. Dentre essas mulheres, 37 trabalham e 45 estudam dentro do próprio estabelecimento prisional, algumas inclusive acumulam tais funções, chegando a ficar cerca de 12 horas fora das celas. Esse trabalho serve para proporcionar a ressocialização da condenada à sociedade, que tem como requisito o bom comportamento da reeducanda. Além disso, a cada três dias trabalhados são descontado um dia no restante da pena, ou para quem estuda, a cada 12 horas de estudo (dividindo-se no mínimo em três dias), será subtraído um dia da pena final. Esse é instituto da remição.

Na mesma oportunidade, foi realizada uma pesquisa com 11 das reeducandas (apêndices fls. 41 e seguintes) do presídio feminino de São Mateus, verificando que dentre as 78 mulheres que cumprem pena, apenas uma recebe visita íntima.

Vale destacar que na entrevista realizada com as reeducandas, o campo nome encontra-se apenas com a referência em números que significa a ordem da entrevista de cada uma visto que fomos orientada a não colocar o nome delas no questionário por ser uma das condições imposta para a realização da nossa pesquisa.

Perguntamos a diretora porque mesmo àquelas que eram casadas ou tinham união estável no momento que foram detidas não podem receber visita íntima? A senhora Aline Ozoni Venturini, informou que para ter direito a visita íntima é necessária a comprovação do casamento/união estável feita através de documentos ou certificação de vínculo afetivo. Informou ainda que tais requisitos são para a própria segurança do presídio, das condenadas e dos servidores que prestam seus serviços.

Foi usada como exemplo a visita social. Esclareceu que por mais que tenham total controle (visual) nas visitas já ocorreu de encontrarem buchas de maconha em algumas celas, mesmo com sistema rigoroso de revista que a penitenciária possui. Desta forma, se fosse permitida a visita íntima a todas as mulheres que apenas informassem seu estado civil fugiria o controle de segurança que o sistema possui, visto ser a visita íntima sigilosa.

Foi questionado sobre a visita íntima dos homens, e a informação foi a mesma: é requisito fundamental para visita íntima a comprovação do casamento/união estável feita através de documentos ou certificação de vínculo

afetivo. Comentou ainda que todo sistema prisional do estado do Espírito Santo exige tal requisito para suceder à visita íntima, não importando para tanto o sexo do condenado.

Diante do tema proposto na pesquisa, verifica-se que o estado do Espírito Santo investiu na educação e na saúde do sistema penitenciário, desenvolvendo programas especiais para os presidiários (as) (independentes se são provisórios ou condenados), deixando de lado o que encontramos no sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que tange as desigualdades no direito à visita íntima nos presídios femininos.

CONCLUSÃO

Ao adotar o Estado Democrático de Direito como fundamento, o Brasil assumiu o compromisso de proporcionar condições para a harmônica reintegração social do encarcerado, homem ou mulher. Para que isso ocorra, a visita íntima é de extrema importância, fazendo-se elemento fundamental para a ressocialização do recluso e da reclusa, ao estimular a manutenção de laços afetivos e familiares.

Ao tratar do universo feminino, esse tipo de visita, além de importante elemento dinamizador das relações familiares, contribui de forma decisiva para o fortalecimento da autoestima da reeducandas, inexistindo qualquer restrição constitucional para tanto, notadamente ao ser constatado o seu frequente e facilitado exercício nos estabelecimentos masculinos.

É necessária e urgente uma regulamentação da visita íntima, em nível nacional, abrangendo também ambos os sexos, garantindo-a como direito inerente à dignidade humana também das reeducandas, isto porque restou provado na pesquisa de campo realizado na penitenciária de São Mateus que cerca de 70% das mulheres encarceradas que tinham vida sexual ativa quando foram presas se envolvem ou envolveram sexualmente com outras mulheres dentro do sistema. O motivo são sempre os mesmos, carência.

No entanto, ainda mais importante do que isso é o fim do protecionismo discriminatório direcionado às mulheres presas e a aplicação efetiva, ainda que tardia, do princípio constitucional da igualdade entre os sexos, no que se refere ao exercício do direito à visita íntima, facilitada aos homens encarcerados, mas extremamente dificultado às mulheres, pelo legislador brasileiro e pelas administrações penitenciárias como regra geral.

REFERÊNCIAS

_____. **A questão de gênero no Código Penal.** IN: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.) **O princípio da igualdade na perspectiva penal: Temas atuais.** São Paulo : Editora Unesp, 2007. p. 193-210.

ALARCÓN. Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano:** e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** o Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** O enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 2º ed. São Paulo: 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 14. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1 ISBN 978-85-02-07301-2

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático.** 1. ed. São Paulo : Lemos e Cruz, 2005.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/946>>. Acessado em 22/11/2015 às 18:25h

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Site Palácio do Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em 05/11/2015 às 15:43h

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CASTRO, Marcos Pereira. **A dignidade do preso na execução penal e a responsabilidade do Estado**. IN: BORGES, Paulo César Corrêa. **Perspectivas Contemporâneas do Cárcere**. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 73-128.

CAPEZ, Fernando. Direito Penal, parte geral. v 1. Saraiva: 2010.

CORREA JUNIOR, Luiz Carlos Bivar; ROCHA, Zélio Maia da. Direito Penal. 18º ed. Brasília: Vestcon, 2006.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. Direito Constitucional. 12º ed. Brasília: Vestcon, 2007

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 430 p. ISBN 85-203-2356-1

HISTÓRIA do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003. 455 p. ISBN 8522435596

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com Dignidade: Educação e Qualificação é Um Caminho?** São Paulo: LTR, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1 ISBN 85-02-02198-2

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. (Org.) **Perspectivas contemporâneas do cárcere**. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>
Acessado em 17/11/2015 às 18:54h.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. (coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Uma Análise do Inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2

YouTube Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=L_CmrvbVLbjc>
Acessado em 21/11/2015 às 16:50h

APÊNDICES