

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

EDMILSON SOARES EVANGELISTA

**DOS INCIDENTES DE EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

São Luís
2016

EDMILSON SOARES EVANGELISTA

**DOS INCIDENTES DE EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo César Aguiar Martins
Vidigal

São Luís

2016

EDMILSON SOARES EVANGELISTA

**DOS INCIDENTES DE EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo César Aguiar Martins
Vidigal

Aprovado em / / 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador – Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal

1º Examinador – Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho

2º Examinador – Profa. Valéria Montenegro

“O sertanejo é, antes de tudo, um forte”.

Euclides da Cunha

Dedico este trabalho a meus pais,
incansáveis sertanejos, sempre dispostos
a oferecer o melhor a sua prole.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela dádiva da vida e ter me dado forças e saúde suficientes para conclusão desta empreitada;

A minha esposa Mírian e meus filhos Levy e Vítor pelo apoio imensurável e motivação incessante;

A Universidade Federal do Maranhão e ao quadro docente do curso de direito, pelas condições favoráveis ao aprendizado e a transmissão de conhecimentos nas diversas áreas do direito;

Ao amigo advogado Dr Benno Caldas, pelo apoio incondicional na realização de diversas atividades quando contemporâneos do Curso de Direito da UFMA.

RESUMO

O presente trabalho pretende verificar a incidência do excesso ou desvio na execução penal. Por meio de uma pesquisa bibliográfica serão abordados determinados incidentes na execução das penas privativas de liberdade, a partir da história das penas até a humanização e sua aplicabilidade, bem como, a institucionalização da prisão como pena. Na sequência, destacamos o uso das prisões pela sociedade, ressaltando as existentes no Brasil durante seus períodos históricos, com foco na regulamentação da execução penal no país, seus princípios norteadores, os tipos de estabelecimentos penais, os regimes para execução das penas e os direitos do sentenciado durante a execução das penas privativas de liberdade. Discutimos, ainda, as diferenças entre os institutos do excesso e o desvio estabelecidos por diferentes correntes doutrinárias, mostrando julgados versando sobre tais incidentes, além da abordagem sobre a medida a ser utilizada para suscitação dos mesmos. Como resultado do trabalho, constatamos que o desrespeito aos direitos individuais e a dignidade da pessoa humana são os principais fatores que culminam nos incidentes de excesso na execução penal.

Palavras-chave: Excesso. Desvio. Incidentes. Execução. Pena. Prisão.

ABSTRACT

This study aims to determine the incidence of excess or deviation in criminal enforcement. Through a bibliographical research, certain incidents will be addressed in the execution of custodial sentences, from the history of imprisonment penalties to the humanization and its applicability, as well as the institutionalization of prison as a punishment. Then, we highlight the use of prisons by society, emphasizing the ones in Brazil during their historical periods, focusing on regulation of criminal enforcement in the country, its guiding principles, the types of penal institutions, rules for executing a custodial sentence and the rights of the convicted during custodial sentences execution. We have also discussed about the differences between the excess institutes and the deviation established by different doctrinal trends showing defendants reporting such incidents, besides the approach regarding the measure applied to question them. As a result, we found that the disregard for individual rights and human dignity are the main factors that culminate in excess of incidents in criminal enforcement.

Keywords: Excess. Deviation. Incidents. Execution. Penalty. Prison.

LISTA DE SIGLAS

CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CP	CODIGO PENAL
CPP	CODIGO DE PROCESSO PENAL
LEP	LEI DE EXECUÇÃO PENAL
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
SV	SUMULA VINCULANTE
RE	RECURSO EXTRAORDINÁRIO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 SÍNTESE HISTÓRICA DA PENA.....	14
2.1 Pena entre os Povos Primitivos.....	14
2.2 Pena na Idade Antiga.....	15
2.3 Pena na Idade Média.....	16
2.4 Pena na Idade Moderna.....	17
2.5 Pena na Idade Contemporânea.....	21
3 DAS PRISÕES.....	29
3.1 Prisão na Antiguidade.....	29
3.2 Prisão na Idade Média.....	30
3.3 Prisão na Idade Moderna.....	31
3.4 Prisão como Pena.....	33
3.5 Prisão no Brasil.....	37
3.5.1 Período Colonial.....	37
3.5.2 Período Imperial.....	40
3.5.3 Período Republicano.....	43
4 DO EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	46
4.1 Execução Penal.....	46
4.1.1 Princípios da Execução penal.....	47
4.1.1.1 <i>Princípio do Contraditório.....</i>	<i>47</i>
4.1.1.2 <i>Princípio da Ampla defesa.....</i>	<i>47</i>
4.1.1.3 <i>Princípio do duplo grau de jurisdição.....</i>	<i>48</i>
4.1.1.4 <i>Princípio da Publicidade.....</i>	<i>48</i>
4.1.1.5 <i>Princípio da Igualdade.....</i>	<i>49</i>
4.1.1.6 <i>Princípio da legalidade.....</i>	<i>49</i>
4.2 Regimes Penitenciários das penas privativas de liberdade.....	49

4.2. 1 Regime fechado.....	50
4.2.2 Regime semiaberto.....	50
4.2.3 Regime aberto.....	50
4.3 Estabelecimentos Penais.....	51
4.3.1 Penitenciária	52
4.3.2 Colônia agrícola, industrial ou similar.....	52
4.3.3 Casa do albergado.....	52
4.3.4 Centro de observação.....	53
4.3.5 Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.....	53
4.3.6 Cadeia pública.....	54
5 DOS DIREITOS DO CONDENADO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA.....	55
6. DOS INCIDENTES DO EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	63
6.1 Diferença por polaridade.....	64
6.2 Diferença por natureza.....	67
7 CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

Atingir o corpo do homem que infringisse as normas estabelecidas era a forma que a sociedade tinha para punir no passado. A execução pública marcada fortemente pelo sofrimento que o apenado era submetido funcionava como uma forma de teatro para a população que via no sofrimento público a humilhação a que o criminoso deveria ser submetido. Eram verdadeiros rituais de ostentação diante do sofrimento do preso e da agressão feroz ao seu corpo. Com o passar do tempo, iam surgindo novas formas de punição, mas sempre visando atingir o corpo do condenado. Nos tempos medievais, as leis penais visavam tão somente provocar o medo, sem levar em consideração a pessoa do réu ou a forma como ele ficava encarcerado, e nesse período a privação de liberdade continuava tendo um caráter de custódia em que os réus ficavam presos aguardando serem submetidos aos mais terríveis tormentos, como amputação de membros, queima da carne e morte, e que ao mesmo tempo servia de espetáculo para as multidões desse período.

No século XVIII surgiu o uso da guilhotina nas execuções e veio como um método mais humano que o enforcamento ou decaptação com o uso do machado. A decaptação com a guilhotina ocorria rapidamente e cumpria sua finalidade sobre o corpo do preso evitando um maior sofrimento, porém, mesmo assim a execução capital tinha sua exposição pública, como forma de dar satisfações a sociedade.

Na visão de Michel Foucault (2012), esse afrouxamento na severidade penal em que se aplicava a pena com menos sofrimento, menos crueldade e mais suavidade era visto como um respeito à humanidade se buscando aos poucos não mais atingir o corpo do criminoso e sim a alma. Esse posicionamento da sociedade fez com que a prisão-castigo fosse vista como a forma de punir o criminoso através de seu isolamento, situação em que se buscava a reflexão sobre sua infração penal. Posteriormente, outros elementos foram adicionados a prisão, como o trabalho e a educação religiosa, assim como, a medicina a partir do momento em que surgiu a preocupação com o estado mental do preso. Todo o aparelho prisional visava à transformação do condenado, mais ao mesmo tempo servia como local de observação dos indivíduos no sentido da pura vigilância e também conhecimento sobre cada detendo, estudando seu comportamento, suas disposições e sua capacidade de melhora.

Em meados do século XVIII tiveram origem os sistemas prisionais sempre baseados na questão religiosa, mas que buscava principalmente a privação da liberdade do condenado.

Como escreveu Cezar Bittencourt (2007), na antiguidade não existia a pena de prisão como sanção penal, e que os casos de encarceramento não tinham caráter de pena e outras razões justificavam o feito como os casos de guarda de réus até o seu julgamento que o levaria a pena propriamente dita, que normalmente recorria-se a pena de morte, mutilações ou açoites em lugares públicos. Os piores lugares eram escolhidos como prisões: calabouços, poços d'água, conventos abandonados e outros.

Em meados dos séculos XVI e XVII, quando a pobreza toma conta de toda Europa ocasionando um desordenado crescimento da delinquência por parte dos miseráveis em busca da sobrevivência, tudo isso como consequência dos diversos conflitos religiosos, as extensas guerras somados a crise econômica das formas feudais de vida que atingiram a agricultura, diversas experiências de punição penal foram testadas, mas todas fadadas ao fracasso. Nesse período surgem movimentos para se desenvolver formas mais humanizadas para o cumprimento de penas privativas de liberdade, com a criação e construção de prisões adequadas para acolher os apenados. Essas prisões buscavam a reforma dos delinquentes pelo trabalho e da disciplina, desencadeando posteriormente o surgimento de prisões para mulheres e seções especiais para jovens, que visavam tratar as pequenas delinquências. Essas casas de trabalho e correção deram origem a pena privativa de liberdade da era moderna.

Mesmo com o surgimento da modalidade da pena de prisão, ainda eram encontradas formas cruéis como era o caso das galés que era uma forma de prisão flutuante em que os presos eram acorrentados e obrigados a remar a serviço das galés militares.

Já no século XVII, Jean Mabillon, um monge francês, já antecipando as ideias do Iluminismo no campo penal, defendeu a proporcionalidade da pena levando-se em conta o crime cometido e as condições físicas e espirituais do réu, dando-se grande importância a reintegração deste a sociedade.

Como se percebe sempre houve a presença do excesso na execução das penas privativas de liberdade e os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados no Brasil, com a redação do Artigo 5º, XLIX, que

prevê “é assegurado aos presos o respeito à dignidade física e moral”(BRASIL,1988) e com a situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário do Brasil com suas precariedades e condições subumanas em que os detentos vivem sujeitos a proliferação de doenças graves, o uso de drogas cada vez mais presente dentro dos presídios e a exacerbada violência em que os mais fracos são dominados pelos mais fortes, nos faz entender que toda essa situação de descaso do Estado e da sociedade é uma afronta as previsões constitucionais e o que viria também a infringir a norma infraconstitucional da execução penal, ocorrendo um excesso na execução penal, já que o preso não tem sua dignidade respeitada apesar de garantida pela Constituição Federal.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DA PENA

Visando desenvolver um estudo que aborde os incidentes de excesso ou desvio na execução penal, torna-se imprescindível a análise do histórico das penas no decorrer do tempo, dando especial atenção para as penas privativas de liberdade para que se possa verificar a validade de sua aplicabilidade.

Os crimes e os castigos sempre fizeram parte da vida do homem e sua prática vem desde os primórdios da humanidade e com a organização das sociedades e suas complexidades, com o passar dos tempos fez-se necessário à criação de ações que intimidasse os integrantes de um grupo a cumprirem as normas instituídas com a finalidade de organizar o convívio entre os membros daquela organização social. Assim, a pena cumpre com uma de suas finalidades que é prevenir que os membros de um determinado grupo venham a infligir as normas estabelecidas, cometendo o delito.

O homem pela sua própria natureza prima pela sua liberdade, razão pela qual mesmo que ele venha a cometer um delito se contraponto as normas estabelecidas em seu grupo social, é mister que a pena imposta pela infração seja aplicada na quantidade e na qualidade previamente estabelecida.

2.1 Pena entre os Povos Primitivos

A pena como organização jurídica entre os povos primitivos era tida apenas como uma forma de vingança, ou seja, uma vingança privada ou vingança de sangue contra um delito de morte praticado por alguém que não pertencia à família, grupo ou clã, onde essa pessoa também teria que ser morta como forma de represália ocasionando às vezes até guerras intermináveis entre famílias ou tribos.

O delito também poderia ser praticado por um membro do próprio grupo que tinha como forma de vingança a sua expulsão do grupo e que com seu banimento ficava exposto às ofensas de qualquer um, pois não tinha mais a proteção oferecida pelo vínculo de sangue naturalmente existente ao membro da família ou grupo social. Como dupla finalidade das penas vemos a eliminação daquele que se tornara inimigo do grupo e também eliminar a contaminação do restante do grupo pelas ações do agente que cometera o delito.

A aplicação da vingança de sangue não tinha qualquer tipo de controle por não emanar de um poder central e nem tinha um tipo de controle externo que determinasse algum limite ou extensão de sua aplicação.

Na afirmação de Duek Marques (2008, p.11) “algumas vezes, a vingança atingia não só os combatentes, mas também as crianças e as pessoas doentes. Noutras, recaía até sobre coisas e animais”.

2.2 Pena na Idade Antiga

Na antiguidade a vingança em seu aspecto primitivo e privado aos poucos foi sendo substituída pelas penas públicas que em decorrência de uma maior organização social das sociedades foi tirando das famílias ou grupos a autonomia de aplicar sua própria pena através da vingança. Nesse período histórico, tivemos a formação dos primeiros Estados organizados e com um certo senso de nacionalidade e o desenvolvimento das religiões como o cristianismo o judaísmo entre outras. O estado teológico em que viviam as antigas civilizações dava justificção a pena com fundamentos religiosos tendo como finalidade a satisfação da divindade que era ofendida pelo crime e essas penas eram aplicadas pelos sacerdotes e o sacrifício surge como forma de eliminar o desejo vingativo e ao mesmo tempo purificar a comunidade.

Na antiguidade a crença nas divindades era tamanha que as autoridades simbolizavam as suas vontades e delas emanavam o direito de punir. A vingança de sangue ou vingança privada é substituída pela vingança divina, pois as normas eram de natureza religiosa em que o castigo do agressor servia para satisfazer a ira dos deuses. Com a evolução das organizações sociais e o desenvolvimento da política no seio das sociedades houve uma tendência de centralização do poder, passando a pena a representar a vontade da coletividade com o objetivo de preservação de sua organização social, dando origem ao período da vingança pública em que a pena emana da vontade da coletividade para manter a paz pública.

2.3 Pena na Idade Média

Com a queda do Império Romano caracterizando o início da idade medieval ainda era muito marcante a influência de práticas supersticiosas na aplicação do Direito Penal, onde prevalecia a crueldade com o delituoso sem qualquer chance de defesa para o acusado, que as vezes para provar sua inocência tinha que caminhar sobre o fogo ou até mesmo mergulhar em água fervente, e que só em caso resistir a tamanha atrocidade é que era provado a sua inocência.

É nesse período que o Direito Germânico oferece a possibilidade de um acordo ou transação pecuniária na reparação do mal causado pelo delito, evitando assim, a vingança privada e a mortandade cruel de uma família ou grupo social.

A difusão do cristianismo em reconstruir os valores humanos teve influência marcante na prática penal passando a enxergar o homem como imagem e semelhança de Deus, chegando ao fim à crença politeísta em que cada sociedade ficava a mercê de superstições e a ira de seus próprios deuses e assim a pessoa humana foi colocada acima das vontades estatais.

Na visão de Duek Marques (2008, p.48) “para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas eram derivadas de Deus. O direito de punir, não fugiu à regra geral dessa espécie de delegação divina. ” E assim, a pena funcionava como uma forma de represália pela violação cometida e tinha caráter expiatório pois funcionava como forma de salvação para a vida eterna.

Nós tivemos nesse período histórico o momento em que o fim da pena se afastava da satisfação a diversas divindades e passava a satisfazer um deus único a quem o delituoso tinha que prestar contas, havendo nesse período uma certa proximidade e ao mesmo tempo confusão entre o que era crime e o que era pecado e em decorrência o criminoso era tido também como pecador e o castigo era o meio pelo qual se redimia e salvar-se-ia.

Com a proximidade da Igreja com o Estado laico entre os séculos VIII e XV o direito canônico foi praticamente o único a ser escrito nesse período medieval tendo os bispos sempre buscaram a humanização das práticas penais em suas dioceses, concedendo inclusive asilo nas igrejas aos delinquentes que buscavam escapar das penas cruéis e supersticiosas ou ordálios que eram as provas de fogo ou da água, e até mesmo de pena de morte.

Com a relação intrínseca entre a igreja e o Estado laico, a heresia que eram as práticas contraria aos ditames estabelecidos pela igreja, passou a ser considerado como um crime grave e que merecia ser repudiado com penas mais severas e que a religião passou a ser de interesse do próprio Estado que a utilizava para fins políticos tornando qualquer ato de heresia como uma afronta ou infração ao próprio Estado para justificar inclusive suas ações como foi no caso da Inquisição.

Segundo João Bernardino Gonzaga citado por Duek Marques (2008, p.51):

[...]através da Inquisição, unem-se mais fortemente os dois Poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na ideia das 'duas espadas': a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da primeira. Tanto a justiça comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas.

A principal participação da Igreja em relação ao Direito Penal foi o de abrandar paulatinamente a vingança privada e humanizar as práticas penais. Os interesses da Igreja em se servir aos órgãos do Estado para defender seus interesses, assim como, os interesses do Estado em servir-se da Igreja como um órgão da administração para o seu próprio desenvolvimento, fez surgir vários conflitos entre os poderes temporal e espiritual, levando inclusive a um poder único como foi o caso do estado teocrático e pôr fim a separação da Igreja do Estado.

A filosofia cristã na Idade Média sempre se mostrou contrária à tortura utilizada nos processos de inquisição, claramente defendida por Santo Agostinho.

Na filosofia de Santo Tomás de Aquino a pena era uma retribuição para promover a moralidade. Para ele a justiça penal seria retributiva e comutativa em que o apenado deveria sofrer a sanção proporcional à falta que tinha cometido. Para a filosofia cristã defendida por esses estudiosos a autoridade civil representava a vontade divina e viam como retribuição a conversão do malfeitor por meio da expiação e não uma retribuição apenas no sentido jurídico.

2.4 Pena na Idade Moderna

A fase histórica da Idade Moderna vem com o movimento renascentista em que surgem várias doutrinas com ideias avançadas com relação às punições, buscando uma justificativa ou finalidade para as penas impostas diante de uma

realidade do direito penal vigente totalmente de características medieval. As ideias do Renascimento serviram como sugestões futuras para o Direito Penal como é o caso dos substitutivos penais que até hoje são estudadas e postas em prática dentro dos diversos Sistemas Jurídicos.

Nicolau Maquiavel em sua obra *O Príncipe*, justificava a intimidação através dos castigos visando à tranquilidade da sociedade e o poder do soberano, pois no seu entendimento o homem tem mais receio em ofender a quem teme do que quem ama, pois, o temor é mantido pelo medo de ser castigado.

Outro pensador renascentista foi Thomas Hobbes, que em seus argumentos opunha-se a vingança e sustentava que o castigo além da correção servia de exemplo para os demais, enquanto a vingança resumia-se apenas em uma crueldade aplicada ao infrator e acreditava também no poder intimidador das sanções. Assim, as penas tendiam a fazer com que os homens obedecessem às leis.

O Direito Penal para Hobbes deveria respeitar o princípio da legalidade pois a aplicação de qualquer pena ou punição deveria previamente ser estabelecida pelo Estado, tornando-se arbitrária qualquer punição que não estivesse prevista em uma lei anterior, surgindo a necessidade de classificação dos crimes e delitos.

A punição foi definida por Hobbes citado Marques (2008, p.63) baseada no Princípio da Reserva Legal:

“ [...]dano infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que a vontade dos homens fique mais disposta à obediência”.

Desta forma, ratificava a sua reprovação a vingança, considerando que a punição que não adviesse da autoridade pública não poderia ser considerada uma pena e sim uma vingança privada. Ao defender o princípio da proporcionalidade manifestou-se que “se depois de cometido o crime fosse aplicada pena mais grave e desproporcional, o excesso não poderia ser considerado como parte integrante da pena, mas sim ato de hostilidade.” (HOBBS apud MARQUES, 2008, p.64).

Apesar da ideia do uso da proporcionalidade na aplicação das penas, o regime absolutista em vigor nessa época, com o objetivo de resguardar cada vez a figura e o poder do rei, cometiam comumente a desproporcionalidade na aplicação dos castigos corporais.

O Princípio da Inocência também ressaltado por Hobbes, posteriormente consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão, frutos da Revolução Francesa (1789 - 1799), admitia que o transgressor só poderia ser submetido a pena após ser ouvido em juízo e ter sido considerado culpado.

Marcante também para época foram os pensamentos de Thomas More que em suas concepções via a finalidade da pena como uma forma reeducadora do infrator e que a maneira de se evitar o crime seria lutar contra suas causas, pois não via na punição efeito nenhum em corrigir o autor do delito, manifestando-se assim “[...] não há no mundo nenhum castigo que faça as pessoas pararem de roubar quando é essa a única forma de que dispõem para conseguir alimento” (MOORE apud MARQUES, 2008, p.65). -

Em seus trabalhos também propôs a prestação de serviços à comunidade por parte dos violadores da lei, desde que os crimes não fossem praticados com uso da violência estimulando à recuperação, pois os mesmos seriam bem alimentados e remunerados pelo seu trabalho podendo também adquirirem a liberdade por bom comportamento. Em sua definição o sistema penal por ele proposto seria:

É implacável com o crime, mas salva a vida dos criminosos, tratando-os de tal modo que eles se veem forçados a tornar-se bons cidadãos e a passar os resto de suas vidas tentando reparar o mal que fizeram no passado. Na verdade, é tão pequeno o risco de que reincidam em suas práticas criminosas que em geral são vistos como os melhores guias para os viajantes que percorrem longas distâncias, e que os vão substituindo ao passarem de uma região para outra (MOORE apud MARQUES, 2008, p.65).

Thomas More se contrapunha ao anteriormente já defendido por Hobbes com relação ao princípio da legalidade, pois o mesmo propunha um Direito Penal descentralizado entre as famílias que assumiriam a responsabilidade de punir os filhos e esposas e só nos casos mais graves que comprometesse a moralidade pública é que o Estado poderia intervir, porém esse modelo de previsão de justiça no âmbito familiar assemelhava-se as punições impostas pelos grupos sociais primitivos em uma época de sociedades politicamente desorganizadas.

Contrário inicialmente a pena de morte Thomas More posicionava-se a favor da escravidão como pena para quem cometesse um delito, pois entendia que o criminoso vivo representava mais para a sociedade com sua força de trabalho do que um cadáver, e que só após serem submetidos a escravidão os condenados que

não aceitassem aquela disciplina é que seriam mortos por serem comparados a animais incapazes de viver em sociedade, se manifestando como segue:

[...]se, depois de domados por tantos anos de sofrimento, derem sinais de um arrependimento sincero em que fique claro que lhes pesa muito mais o crime que cometeram do que a situação em que se encontram, sua condenação pode ser reduzida ou anulada, às vezes por determinação do príncipe, outras vezes por um plebiscito geral (MOORE apud MARQUES, 2008, p.67).

Um legado de Thomas More para o Direito Penal era seu pensamento sobre a culpabilidade, que naquela época já defendia a responsabilidade subjetiva no direito penal em detrimento da responsabilidade objetiva que predominava as práticas para efeito de aplicação da punição no período considerado, pensamentos estes que se alinham hoje com os princípios do direito penal em diversos sistemas jurídicos dos mais variados países.

Tommaso Campanella, foi outro pensador da Idade Moderna, que considerava que a justa distribuição de bens entre os cidadãos poderia evitar os males que assolavam a sociedade principalmente no que tange ao furto e as fraudes contra o patrimônio. Este Enunciava que:

Todos devem possuir o necessário e gozar as delícias da vida. Dessa forma, solucionada a questão da distribuição dos bens entre os cidadãos, deixaria de existir criminalidade, ao menos a voltada para o patrimônio. Visualiza, ainda, a distribuição das honras aos indivíduos, de acordo com suas aptidões naturais e as virtudes morais de cada um, evitando-se, assim, os males causados pela sucessão (CAMPANELLA apud MARQUES, 2008, p.68-69).

Campanella também se referia a pena de morte para os crimes muito graves que poderiam afetar a república imaginária e que seria executada pelo próprio povo. O delituoso era julgado pelo Mestre Supremo de sua arte e pagava tal qual era a lei de talião, olho por olho, dente por dente.

Apesar das ideias avançadas para a época, esses autores de alguma forma contribuíram para a manutenção do sistema penal medieval que teve seu agravamento pelo absolutismo que se instalara na Europa Ocidental.

A justiça penal no absolutismo visava apenas reforçar o poder soberano do rei e aplicação de qualquer castigo advindo de ordem do monarca não podia ser

questionado pois a doutrina religiosa do direito divino impunha-se dando legitimidade a autoridade absoluta e incontestável da majestade.

Palavras de Duek Marques (2008, p.73):

Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade restabelecer a justiça, mas reafirmar o poder do soberano. A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado.

2.5 Pena na Idade Contemporânea

Ao ingressarmos na época contemporânea nos deparamos com as revoltas contra os suplícios e atos de punição de forma cruelíssima e arbitrária praticada durante o absolutismo em prol da manutenção do poder do monarca. Essa reação durante o Século XVIII teve influência diretamente no principal acontecimento do período que foi a Revolução Francesa e que trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que consagrou os princípios humanitários de forma universal tornando-se regra contra o absolutismo e seus arbítrios.

Com as mudanças ocorridas no campo político e filosófico naquele momento, tivemos gradativamente a substituição da vingança pública de forma cruel e arbitrária pela forma buscada pela sociedade em punir os criminosos de maneira humana e justa respeitando o princípio da proporcionalidade entre o crime cometido e o castigo imposto ao criminoso. Com essa nova visão a pena deixou de ter sua finalidade voltada para manter o poder do monarca passou a constituir uma represália da própria sociedade contra a ameaça provocada pelo crime cometido.

Também foi deixado para trás o caráter religioso atribuído a pena afastando o sentido de penitência e o castigo era submetido ao senso da racionalidade. Os interesses da sociedade é que justificariam a aplicação da pena e o criminoso passou a ser visto como alguém que quebraria o pacto social estabelecido. Rousseau em sua obra O Contrato Social assim se manifesta:

Mas deixando de lado as considerações políticas, retornemos ao direito, e fixemos os princípios acerca deste importante ponto. O direito, dado pelo pacto social ao soberano sobre os vassallos, não ultrapassa, como já o disse, os limites da utilidade pública (ROUSSEAU, 2011, p.133).

Com o início do período humanitária na aplicação das penas surge a Escola Clássica do Direito Penal abandonando a forma cruel e irracional das penas para um caráter racional e humanitário, tendo por base o respeito ao princípio da proporcionalidade entre o crime cometido e sua respectiva sanção.

A pena seria fixada pela lei cabendo aos juízes simplesmente aplicá-las respeitando assim a legalidade na execução da pena.

Foi no Século XVIII que Césare Beccaria considerado o primeiro a se contrapor a pena de morte pela sua crueldade e ineficácia na prevenção do crime, atacou as injustiças cometidas pelo absolutismo e sustentou a impossibilidade de eficácia da pena de morte a partir do contrato social.

Posicionamento de Beccaria sobre a pena de morte em sua obra *Dos Delitos e das Penas*

Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? Não é certamente o mesmo do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de porções mínimas da liberdade privada de cada um; elas representam a vontade geral, que é o agregado das vontades particulares. Mas quem será o homem que queira deixar a outros o arbítrio de mata-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? (BECCARIA 2003, p.81).

A subversão do Estado seria uma exceção na aplicação da pena de morte. Para Beccaria (2003) as penas deveriam ser brandas e de maneira que ficasse clara sua necessidade, fazendo uma relação entre a segurança da sociedade através da prevenção geral e a liberdade individual. Assim, a pena não poderia alcançar o escopo de um ato de violência contra o criminoso. “[...]deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis” (BECCARIA, 2003, p.81).

O uso do critério da necessidade das penas tornou-se um marco para o direito penal nos tempos atuais. Beccaria (2003) também se posicionou contra a tortura durante o curso do processo, pois acreditava que um inocente sob tortura poderia confessar um delito não praticado por ele com intuito de se livrar daquele sofrimento, como também poderia favorecer a um criminoso que suportasse os tormentos da tortura.

Jean Paul Marat também pensador do século XVIII e adepto aos ideais de Jacques Rousseau sustentava que o temor ao castigo deveria ser substituído pela prevenção do crime com o objetivo de manter a ordem e a paz social.

No seu entendimento o problema chave se encontrava nas grandes desigualdades sociais e que os crimes em sua grande maioria eram praticados por pessoas sem educação, razão pela qual chegou a propor na época educação gratuita para os pobres pois a perpetuação das diferenças sociais era tida como uma quebra do contrato social.

Neste tocante, pode-se ratificar que Jean Paul Marat defendia que:

“Se a sociedade não garante a subsistência ao pobre, não pode sancioná-lo, uma vez que o pobre retorna ao estado da natureza, no qual não existem obstáculos para que o homem busque o necessário para sua sobrevivência” (MARAT apud MARQUES, 2008, p.89).

Desta maneira alinhava-se ao pensamento de Cesare Beccaria (2003) quanto a prevenção dos crimes em substituição ao castigo imposto ao criminoso. Ao manter-se a favor da proporcionalidade da pena aplicada ao crime cometido também foi partidária que a justiça deveria ser imparcial e que a pena aplicada ao criminoso deveria ser a mesma independente da classe social do delinquente.

Nesse período o princípio da personalidade da pena também foi colocado em voga pelos pensadores da época e segundo este princípio a pena não podia ultrapassar a pessoa do criminoso por mais gravoso que fosse o crime cometido, afastando qualquer hipótese de atingir familiares do delinquente pelo crime que cometera.

Duek Marques (2008, p.91) relata que no país esse princípio só foi “incorporado na Constituição de 1824 (Art. 179, nº 20), que derogou as normas da Ordenações do Reino que puniam descendentes por crimes cometidos por seus ancestrais”.

Já no século XIX a Escola Clássica teve seus princípios consolidados com a contribuição do teórico Francesco Carrara que também se manifestou contrários a pena de morte, assim como, os martírios atribuídos ao infrator. Com esse pensamento considerava que o delinquente mesmo após cometer um crime que prejudicasse a ordem social, não perde sua condição humana e que seus direitos deveriam ser respeitados.

A classificação do delinquente como ente jurídico foi usado por Carrara para definir que o cometimento de um crime e a essência da infração consiste em vontade livre e inteligente de uma pessoa em cometer o crime, dando ênfase ao livre-arbítrio no momento de delinquir. A definição de crime para Carrara é a seguinte: “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” (CARRARA apud MARQUES, 2008, p.101).

Carrara também propunha a proporcionalidade da pena em relação ao crime e considerava qualquer tipo de excesso como uma violação do direito ou uma tirania. Considerava a finalidade primordial na aplicação das penas o restabelecimento da ordem externa social, pois defendia que além do ofendido diretamente pelos danos causados pelo crime, todos os cidadãos também seriam ofendidos por se tratar de uma violação as normas estabelecidas pela sociedade e a pena exerceria sua finalidade em oferecer a tranquilidade aos cidadãos.

A Escola Clássica inspirada nas correntes filosóficas do iluminismo buscou afastar do direito penal os castigos corporais, os suplícios e o sentimento de vingança que a pena trazia ante o delinquente.

Ao final do século XIX teve início o movimento do positivismo criminológico afastando as afirmações filosóficas do direito penal pretendendo resolver as questões criminais através das observações e nas experiências científicas. Para os pensadores do positivismo as investigações deveriam ser concentradas no criminoso e não no delito.

Cesare Lombroso um dos pensadores do positivismo defendia que o criminoso já carregava consigo caracteres típicos de natureza hereditária, biológica e psicológica que o levavam a cometer crimes. Assim, afastava a questão do livre-arbítrio por parte de quem cometia o crime sendo descrente em qualquer sistema penal que visasse o arrependimento ou a correção do culpado.

Segundo ele “Os delinquentes se envaidecem de sua força, de sua beleza, de sua coragem, das riquezas mal adquiridas e pouco duráveis e, coisa mais estranha e mais dolorosa orgulham-se de sua habilidade no crime” (LOMBROSO, 2007, p.101).

Considerando a carga genética e o determinismo para o crime defendido por Lombroso só se explicaria apenas uma parcela dos crimes, pois as formas mais recentes de se cometer um crime não se enquadrariam nessas ideias pelo fato dos

antepassados do delinquente não terem vivido essa realidade não tendo assim como deixar traços determinantes de criminoso para seus descendentes.

Somando as essas ideias Lombroso (2007, p.108-109) dizia que o caráter do delinquente é marcado pela insensibilidade moral e afetiva, afirmando que:

Com a mesma facilidade deplorável com que veem ou provocam a morte dos outros, o espetáculo sendo mesmo um verdadeiro prazer, uma necessidade, sob o impulso da vingança ou do ódio, ou mesmo somente como consequência do hábito. Daí a ausência aparente, ou a incoerência de motivos, que se observa com frequência nos crimes mais atrozes.

Após os estudos de Cesare Lombroso sobre o Determinismo Criminoso afasta a validade do castigo abrindo portas para medidas sociais de prevenção que logo foram sugeridas por seus sucessores do positivismo. A sua tese sobre o homem criminoso fez com que outras áreas do conhecimento, como a biologia, psicologia e a sociologia também fossem utilizadas no direito penal, dando início então ao estudo da criminologia como ciência que estuda as causas da criminalidade, posteriormente consagrados nas teses de Raffaele Garofalo.

A influência da Sociologia na Escola Positivista teve a contribuição de Enrico Ferri que se posiciona contrário à filosofia da Escola Clássica baseada no livre-arbítrio, onde o criminoso tem a liberdade de escolher o bem ou o mal, e no caso da escolha livre pelo mal receberia a sanção imposta pelas leis.

Defensor de medidas sociais preventivas visava a defesa da existência da sociedade. Como já foi mencionado, contrário ao livre-arbítrio no cometimento de crimes classificou os criminosos em categorias e que a pena deveria ser infligida conforme a periculosidade de cada um. Afasta a ideia de repressão na aplicação da pena e concebe a pena voltada para a regeneração do delinquente, por isso, é que a pena não tinha um tempo determinado. O trabalho na penitenciária era tido como uma forma de educação moral e técnica necessária ao retorno à vida livre em sociedade.

No entendimento de Ferri (2003) tanto o imputável como o imputável devem estar sujeitos ao Estado que deve exercer seu direito-dever e defesa social, atentando simplesmente para a individualização da pena e possibilidade de recuperação de cada um conforme o crime cometido. Afirma que:

Não negamos que, no estágio atual do sentimento público, o julgamento religioso, moral social (mais que legal) seja diferente para o crime realizado por um homem aparentemente normal e para o levado a efeito por um homem evidentemente anormal ou inconsciente. Mas nós dizemos que o juízo ético e religioso sobre as ações humanas é de competência da filosofia, da teologia e do sentimento comum; mas não pode, não deve paralisar a ação do Estado, que deve prover à preservação social (FERRI, 2003, p.111).

Com essas colocações sugere que todo cidadão que comete um crime, salvaguardando a individualização da pena segundo sua personalidade, deva sofrer uma sanção imposta pelo Estado, independente de sexo, idade ou saúde mental pois todas as pessoas estão sob o crivo das leis ditadas pelo legislador para proteger a sociedade.

Ainda na primeira metade do século XIX, mesmo antes da corrente positivista o pensador alemão Carlos David Augusto Röder, dava a ideia correccional à pena, pois a mesma teria a finalidade de corrigir o criminoso. Também defendeu a pena com duração indeterminada já que a visão era de emendar o condenado, buscando ordenar as vontades do condenado para que não cometesse mais delito.

Para Röder a teoria correccional era direcionada para o homem real e não ao abstrato a quem as outras teorias eram direcionadas.

O positivista Franz von Litz já no final do século XIX, surge com uma nova proposta para o direito penal conciliando ideias clássicas e positivistas. Acredita no poder intimativo das penas para garantir a ordem jurídica.

Von Litz (1990, p.120) expõe seu pensamento afirmando que

[...] ao cidadão de intenções retas, ela (a pena) mostra, sob forma mais expressiva, o valor que o Estado liga a seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ela põe em perspectiva, como consequência do ato injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas.

Acreditando no poder intimidativo das penas as sociedades buscam no aumento das sanções a motivação necessária para os cidadãos se comportarem de acordo com os ditames das leis e os adeptos desses pensamentos acham que o aumento constante da criminalidade está intimamente ligado as penas mais brandas. Com isso, surgem os movimentos que a ordem advém do cumprimento da lei levando a ideia do retorno de um sistema penal rigoroso com penas mais severas e de longa duração.

Com a incerteza do efeito positivo da intimidação da pena tem-se observado que a solução para a criminalidade não está na edição de leis mais severas e sim na edição de políticas de prevenção criminal.

Von Litz (1990) também defendia que uma das finalidades da pena estava voltada ao ofendido que se sente satisfeito em ver o criminoso punido, não que a pena reparasse o mal causado pela violação criminal, mas simplesmente trazer uma compensação afetiva a vítima e a sociedade. Mostrou-se crítico as prisões de curta duração por não ver eficácia na intimidação e na correção do preso que normalmente volta a reincidir. Nesta visão propõe os substitutos penais à pena de prisão para os menores infratores e delinquentes ocasionais e um tratamento diferenciado para doentes mentais que seria em hospícios ou hospitais.

Por um período, mais precisamente entre as duas grandes guerras, o direito penal afastou-se sobremaneira das correntes humanitárias com predomínio do tecnicismo jurídico em que se voltava mais para o direito positivo, desvinculando-se de qualquer cunho filosófico ou política criminal. Assim para a ter como único objeto de estudos as leis penais existentes tornando-se bastante repressivo o que era considerado um retrocesso diante dos movimentos humanitários já defendidos pelo positivismo crítico.

Com as atrocidades cometidas contra a humanidade durante a II Guerra Mundial, teve início novos movimentos pelo retorno a concepção humanitária do Direito Penal, o que contribui para a atualização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com a elaboração em 1948 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No século XX, tivemos o surgimento das Teorias Socializadoras que viam que o fim da pena deveria ser de ressocializar o condenado em benefício da sociedade e dele próprio reforçando desta maneira os princípios correcionalistas, mas afastando o conteúdo retribucionista da pena visando a reintegração do infrator à sociedade.

Apesar da proximidade de conteúdo entre as teorias correcional e socializadora, esta entendia o crime como uma falha no processo de socialização do indivíduo o que reforçava a finalidade principal da pena que era reintegrar o infrator a sociedade enquanto a correcional acreditava nas transformações das vontades internas do infrator e partir daí com suas novas atitudes buscar a reinserção social.

Após essa análise histórica da pena e suas correntes filosóficas, no próximo capítulo faremos um estudo mais específico sobre a pena privativa de liberdade e a história das prisões.

3 DAS PRISÕES

O início do uso da prisão como pena não tem um marco definido no tempo, tendo suas mais variadas finalidades de acordo com o comportamento dos grupos sociais que dela fazia uso, assim como, o período histórico da humanidade em que ela era aplicada. A sua utilização já existia antes mesmo do surgimento do direito penal de forma sistematizada.

No intuito de adequar o comportamento dos indivíduos de maneira que se tornassem mais úteis para a sociedade através de um controle sobre suas atividades, inclusive o trabalho, é que fez com que a prisão surgisse antes mesmo que as leis a definissem como pena. Por uma grande variedade das formas de utilização e fatos fica difícil se definir o momento exato do surgimento das prisões, mas que nos leva a analisar dentro dos períodos históricos da humanidade o seu emprego, considerando sua relação com a evolução do homem delinquente.

Nos escritos de Michel Foucault (2012, p.217), fica nítido que ele defendia que “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre o seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”

3.1 Prisão na Antiguidade

Na antiguidade a prisão como sanção-penal não era aplicada. Contudo o aprisionamento de pessoas infratoras as normas dos grupos sociais sempre existiram por mais variadas razões e finalidades.

O objetivo mais marcante do encarceramento do delinquente nesse período era manter sua integridade física até seu julgamento, que normalmente os conduzia a situações horrendas e infamantes, como castigos corporais e principalmente a pena de morte. Para Bitencourt (2007, p.434)

[...] a prisão era uma espécie de “anti-sala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobri-la verdade. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo.

Dessa forma a prisão servia apenas como custódia ou depósito da pessoa do réu, costumeiras eram as condições subumanas até chegar o momento de sua execução que servia de celebrações para a sociedade em geral. O sentimento de revolta por parte da sociedade contra o indivíduo que violava as normas do grupo era tamanho que o submetia as mais cruéis penalidades, como tortura, mutilações e a morte e que perduraram por toda a antiguidade.

A civilização grega assim como a romana, desconhecera a prisão como pena só a utilizando simplesmente como guarda ou custódia do delinquente. Ambas as civilizações também chegaram a usar a prisão por dívida, e que era mais voltada ao direito civil que forçava o devedor a saldar suas dívidas.

Por não existir à época um modelo penitenciário eram escolhidos para esses momentos de custódia os lugares mais esmos e degradantes. Segundo Bitencourt (2003, p.435) “os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios”.

Como destaque na antiguidade as civilizações da Grécia e Roma não chegaram a usar a prisão como pena e simplesmente como custódia dos réus até que se chegasse seu julgamento e a conseqüente cumprimento de suas condenações, e mesmo a prisão por dívida restringia-se a garantia de que os devedores satisfizessem suas obrigações.

3.2 Prisão na Idade Média

A Lei Penal, no período medieval, como já foi comentado anteriormente, tinha como principal objetivo causar o temor coletivo sem se interessar com a pessoa do delinquente, e a forma como ficaria encarcerado. A prisão continuava com o pressuposto apenas de custódia e durante grande parte do período da idade média não existiu a ideia da pena privativa de liberdade. As amputações de membros do corpo, a queima da carne, a morte das mais variadas formas continuavam sendo as maneiras de condenação dos infratores e por serem diante do público se tornavam um espetáculo para a sociedade dessa época.

É nesse período histórico da humanidade que surge as primeiras formas de prisão, divididas em prisão de Estado e prisão Eclesiástica. A prisão de Estado era subdividida em prisão de custódia que simplesmente o encarcerado era

guardado para receber sua condenação e a prisão temporal que poderia no decorrer do tempo o apenado inclusive receber o perdão real pelo crime cometido.

A prisão de Estado destinava-se a encarcerar os inimigos do rei ou senhores pelo crime de traição ou mesmo adversários politicamente. Pela inexistência de uma organização penitenciária à época, as prisões continuavam sendo improvisadas nos mais terríveis lugares, como torres, porões, palácios abandonados entre outros.

A prisão eclesiástica visava atender aos interesses da Igreja e destinava-se aos sacerdotes rebeldes tendo a ideia de caridade e arrependimento. A prisão era tida como um momento para se refletir e se arrepender de seus atos contra a Igreja. Os subterrâneos dos mosteiros eram utilizados como local de penitência e oração e mesmo com um caráter aparentemente mais humano que a prisão de Estado caracterizada por suas barbáries, os infratores dificilmente saíam com vida desses cárceres.

Na manifestação de Bittencourt (2003, p.436) “a prisão canônica era mais humana que o regime secular, que era baseado em suplícios e mutilações, porém, é impossível equipará-la à prisão moderna”.

O pensamento cristão e o Direito Canônico tiveram sua contribuição para o surgimento da prisão moderna, principalmente com as ideias de reforma e emenda do delinquente.

3.3 Prisão na Idade Moderna

A situação de pobreza vivida por toda a Europa em consequência de guerras religiosas fez que com que diversas medidas penais fossem tomadas para coibir a crescente delinquência em busca da sobrevivência.

Um breve relato sobre a situação da França naquele momento: “*As guerras religiosas tinham arrancado à França uma boa parte de suas riquezas*”. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos.

O parlamento tratou de enviá-los as províncias. No ano de 1525 foram ameaçados com o patíbulo, em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de dois a dois, em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez.

Em 1561, condenados às galés em 1606 decidiu-se, finalmente, que os “mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo expulsos da cidade”. (BITTENCOURT, 2003, p.438).

Com um crescente número de pobres delinquentes vítimas de longas guerras, desavenças religiosas e a decadência da forma agrícola da economia, eram evidente que condenar a morte tantas pessoas não seria possível, e sabia-se que o estado de miséria das pessoas não era relacionado simplesmente ao espírito delituoso que cada um carregava e sim por uma situação catastrófica que assolava praticamente toda a Europa fruto das ações dos Estados em confrontar-se em guerras e expedições militares somando-se a grave crise econômica.

Fruto deste estado de coisas é que teve início os movimentos para a criação de sistemas prisionais frutos da implantação da pena privativa de liberdade, que ora surgia como solução imediata para o problema a crescente delinquência.

Relato de Bittencourt (2003, p.438):

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

A França que adotava uma política social austera com açoites e execuções, logo percebeu as mudanças socioeconômicas e suas sérias consequências com a delinquência. As pequenas minorias de favorecidos juntamente com as cidades ao se sentirem ameaçados pela situação trataram de criar suas próprias instituições de correção, que deixaram uma imensa contribuição para a história dos sistemas penitenciários.

A reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina ferrenha eram que delineavam a suposta finalidade das casas de correção, pois o trabalho e a disciplina eram os meios categóricos para a recuperação dos reclusos, além de ter o sentido da prevenção geral, pois intimidava aos demais a não cometerem infrações. Na Inglaterra, também surgem às primeiras casas de trabalho no ano de 1697, seguindo as mesmas orientações e a mesma linha de pensamento.

Acompanhando o desenvolvimento das penas privativas de liberdade e das prisões, na Holanda foram criadas casas de correção para homens, prisões para mulheres e prisões especiais para jovens infratores, especialmente construídas para

tal finalidade. Estas instituições aos moldes das inglesas visavam tratar apenas as pequenas infrações, já que, os crimes de maior gravidade continuavam com a aplicação de penas mais severas, como açoites, exílios e a exposição pública no intuito de ridicularizar o delinquente.

No entanto, estas casas de correção e de trabalho apesar de serem direcionadas apenas aos pequenos delitos, davam sinais ao surgimento das penas privativas de liberdade.

Uma modalidade de pena de prisão surgida na Europa nesse período eram as galés, consideradas uma modalidade muito cruel no período.

Segundo Bittencourt (2003, p.440)

Ela foi uma das mais cruéis dentre as aplicadas nesses tempos. A galé foi uma prisão flutuante. Grande número de condenados a penas graves e prisioneiros de guerra eram destinados como escravos aos serviços das galés militares, onde eram acorrentados a um banco e ficavam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar.

Mesmo com o surgimento dessas experiências e ideias, ainda se demorou bastante para ter-se a prisão com a finalidade de correção e não apenas como custódia de presos que aguardavam seus julgamentos.

Só com a fase humanitária da pena já no século XVIII é que surge a pena de prisão. Duek Marques (2007, p.104) afirma “com o fim dos suplícios e dos tormentos impostos aos condenados, o corpo deixava de ser objeto imediato do castigo, cedendo lugar à pena de prisão, que prevalece até hoje”.

3.4 Prisão como Pena

As mudanças vividas pelo Direito Penal no final do século XVIII e início do século XIX introduzindo valores de humanidade na forma de punir trouxe com que as novas legislações dos Estados passassem a definir o direito de punir como uma função geral da sociedade sendo exercida de igual forma por todos os seus membros através de seus representantes.

Assim, a prisão foi sendo transformada em pena, mas que desde logo, a sociedade foi esquecendo-se de todos os outros tipos de punições sugeridas pelos pensadores do século XVIII e aos poucos a pena de prisão foi assumindo um caráter de castigo, não satisfazendo a função de emendar o delinquente e de promover sua

ressocialização para que volte a viver em sociedade e não reincida no cometimento do crime.

A perda das principais funções da pena de prisão desde o início da sua implementação, Foucault (2012, p.218) diz “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Certos princípios norteavam a pena de prisão no início de sua implementação, tendo como ponto de partida o isolamento do condenado em relação ao meio que o levou a cometer a infração e com esse isolamento também se evitava a formação de complôs e revoltas internas dentro das prisões, impedindo o surgimento de organizações formadas em função do conhecimento entre os delinquentes, fruto de uma solidariedade entre pessoas que viviam nas mesmas situações. O isolamento também conduzia o homem a uma reflexão sobre os seus atos que o conduziria ao arrependimento, corrigindo-o.

A solidão vivida pelo criminoso na prisão o conduz a uma submissão que favorece a sua disciplina, além de não sofrer influências negativas de outros criminosos. Somado ao princípio do isolamento o trabalho também era tido como uma ferramenta de transformação, pois se tinha em mente a necessidade de retirar do criminoso a sua ociosidade que por vez foi a responsável em conduzi-lo até a prisão, além de despertá-lo para o trabalho:

Na prisão o governo pode dispor da liberdade da pessoa e do tempo do detento; a partir daí, concebe-se a potência da educação que, não em só um dia, mas na sucessão dos dias e mesmo dos anos, pode regular para o homem o tempo da vigília e do sono, da atividade e do repouso, o número e a duração das refeições, a qualidade da ração e dos alimentos, a natureza e o produto do trabalho, o tempo da oração, o uso da palavra e, por assim dizer, até o do pensamento, aquela educação que, nos simples e curtos trajetos do refeitório à oficina, da oficina à cela, regula os movimentos do corpo e até nos momentos de repouso determina o horário, aquela educação, em uma palavra, que se apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está (LUCAS apud FOCAULT, ANO, p.222).

Discussões aconteceram em relação ao trabalho nas prisões pelo fato do trabalho não está associado a pena imposta ao infrator. Assim, se o trabalho fosse remunerado ele não teria o efeito restaurador da pena e ao mesmo tempo permitia ao preso optar em não trabalhar, pois as atividades laborais visavam uma

recompensa financeira e não uma obrigação agregada a pena com efeito de regenerar o infrator.

Uma grande controvérsia foi levantada em meados do século XIX, principalmente pela classe operaria que diante de uma crise econômica questionava o fato do trabalho penal ser estimulado pelos governos ao mesmo tempo em que gerava uma forte concorrência com o trabalhador livre, fazendo com que os salários viessem a baixar.

Também foi questionado que as concorrências do trabalho nas prisões femininas surtiram um efeito ainda mais catastrófico para as mulheres livres que não tinham trabalho, pois indiretamente às vezes eram levadas a prostituição como consequência de uma concorrência desleal entre o trabalho livre e o trabalho carcerário. Por questão de segurança as atividades mais seguras também eram direcionadas aos presos:

[...]a regra é introduzida numa prisão, ela reina sem esforço, sem emprego de nenhum meio repressivo e violento. Ocupando-se o detento, são lhe dados hábitos de ordem e de obediência; tornamo-lo diligente e ativo, de preguiçoso que era.com o tempo, ele encontra no movimento regular da casa, nos trabalhos manuais a que foi submetido.um remédio certo contra os desvios de sua imaginação (BÉRENGER apud FOUCAULT, 2012, p.228).

A posição defendida por alguns de que o trabalho nas prisões influenciava negativamente a economia e o trabalho dos homens livres era contestada sobre o argumento de que se o preso não vivesse na prisão com os frutos do seu próprio trabalho, passava a viver com os frutos do trabalho dos outros que o sustentaria nas prisões investido de sua ociosidade, e como já foi falado seria o que remeteu-lhe a cometer a infração penal.

O tempo em que o delinquente ficará encarcerado tem que ser quantificada de acordo com o crime cometido, visando sempre a recuperação do detento durante a execução da pena e não dar ideia do tempo de prisão como moeda de troca pelo valor da infração cometida.

A justa duração da pena deve, portanto, variar não só com o ato e suas circunstâncias, mas com a própria pena tal como ela se desenrola concretamente. O que se equivale a dizer que, se a pena deve ser individualizada, não é a partir do indivíduo-infrator, sujeito jurídico de seu ato, autor responsável do delito, mas a partir do indivíduo punido, objeto de uma matéria controlada de transformação, o indivíduo em detenção inserido

no aparelho carcerário, modificado por este ou a ele reagindo (FOUCAULT 2012, p.231).

Nesse contexto a prisão não cumpre apenas o papel de local de execução da pena, mas também um local de observação e acompanhamento do detento, verificando o seu desenvolvimento comportamental e de transformação social para que ao retornar ao seio da sociedade não volte a delinquir.

No século XIX nos Estados Unidos foram criados os primeiros sistemas penitenciários tendo como arcabouço o isolamento, o silêncio e o trabalho que levou a construção de penitenciárias para colocar em prática esses sistemas. Dois sistemas foram criados para a execução da pena:

O Sistema da Pensilvânia em que o isolamento dos presos se dava por completo durante o dia e que o trabalho era desenvolvido individualmente dentro das celas. O Sistema de Auburn em que o isolamento se dava apenas no período noturno e durante o dia o trabalho era desenvolvido de forma grupal mas sem que houvesse comunicação entre os presos. A mão de obra carcerária era utilizada para satisfazer as necessidades dos países industrializados.

O trabalho também visava o próprio sustento do preso sem ser necessário o Estado arcar com essas despesas, além de desviar o pensamento criminoso do encarcerado para que ele pudesse novamente ser inserido na sociedade ao final da pena. Podiam ter salários que ao serem descontadas suas despesas com manutenção poderia ser direcionado as famílias ou guardado para quando cumprisse sua pena e retomasse sua liberdade.

A concorrência entre a mão de obra barata das prisões e a assalariada gerava um grande descontentamento social, pois os trabalhadores livres alegavam que chegavam inclusive a perder seus empregos devido a essa concorrência desleal mantida pelo próprio governo, que indiretamente favorecia a quem cometia crime em detrimento das pessoas que seguiam as normas estabelecidas pela sociedade.

Dito de Gizlene Neder (2010, p.9): “sublime-se que estas casas de correção eram lucrativas, fossem administradas pelo estado absolutista ou por qualquer outro agente histórico que explorasse o trabalho forçado”.

Com o passar dos tempos surgiram correntes contrárias aos sistemas penitenciários por considerarem a forma desumana como eram tratados os presos em um sistema de isolamento tão rígido.

Assim, se manifestou Clarissa Nunes Maia na obra *História das Prisões* (2010, p.10)

Tanto o sistema da Pensilvânia quanto o de Auburn seriam criticados pela desumanidade no tratamento dos prisioneiros, os quais, muitas vezes, terminavam enlouquecendo por não suportarem a pressão psicológica imposta pelo isolamento.

Com as críticas e o conseqüente fracasso dos sistemas americanos, surgiu na Europa novos sistemas penitenciários conhecidos como Sistemas Progressivos Europeus, que mesmo utilizando as técnicas de disciplina do sistema de Auburn, introduziram um diferencial que é utilizado até os dias atuais, que seria a possibilidade do condenado participar na mudança de sua pena de acordo com o seu bom comportamento na prisão, seja na redução da pena ou mesmo nas melhorias de condições dentro da prisão.

Só que esse modelo não atingia toda a realidade do sistema carcerário na Europa e Clarissa Nunes Maia (2010, p.10) relata que: “a prisão celular permanecia, na França e quase em toda parte, um modelo de “luxo” em comparação ao sistema carcerário vivido pela massa dos presidiários franceses”.

As casas de detenção para aplicação do trabalho forçado começaram a ser abertas na Inglaterra com a distinção entre os presos aptos e inaptos para o trabalho. Segundo Gizlene Neder (2010, p.10):

Na Inglaterra, as workhouses constituíam-se casas de correção para vadios; as poorhouses destinavam a assistência a mendicidade inapta; e a legislação elisabetana, por meio da Poor Law, estabeleceu os marcos da ruptura com a ideia de pobreza medieval.

3.5 Prisão no Brasil

3.5.1 Período colonial

O período colonial no Brasil teve início com a chegada dos colonizadores portugueses no ano de 1500. A cultura e as tradições portuguesas foram impostas aos colonizados, e como não podia ser diferente, o direito dos portugueses também era o que prevalecia na colônia e a prisão seguia as normas de aplicabilidade do direito português. Nesse período as prisões não tinham uma organização adequada,

os ambientes prisionais eram improvisados sem apresentar uma segurança e higiene adequadas aos presos, funcionavam normalmente em prédios abandonados.

Dessa forma, para Carlos Aguirre (2010, p.3):

“Durante o período colonial, as prisões e cárceres não constituíam espaços, instituições e seus visitantes e hóspedes pudessem elogiar pela organização, segurança, higiene ou efeitos positivos sobre os presos”.

Como na Europa, as prisões no Brasil destinavam-se apenas como lugares de detenção de presos que aguardavam serem julgados e receberem as suas penas definitivas que eram aplicadas das mais variadas formas, seguindo um rito cruel e desumano concentrado no corpo do criminoso como execuções públicas, açoites, trabalhos forçados e marcas no corpo, alinhando-se as práticas comuns do antigo regime feudal europeu, inexistindo o princípio da reserva legal e do direito de defesa.

Segundo Carlos Eduardo M. de Araújo (2010, p.29):

Viver privado de liberdade, em qualquer época, é muito difícil. Nas condições do Aljube do século XIX, então, era mortal. O desgaste do corpo dos detentos era irreparável. O que dizer da alma desses condenados? Alimentar o corpo na prisão era uma luta. A comida era escassa. Como alimentar a alma nessas condições?

A organização inicial da colônia foi através de capitâncias hereditárias forma em que parte da terra era cedida a uma pessoa que a partir deste momento passava a exercer todos os poderes dentro da capitania, passando a atuar como criador das normas e ao mesmo tempo juiz, ocasionando uma descentralização do poder motivada pela existência de diversas capitâncias.

Através da Carta Foral que era um dos documentos de ligação jurídica entre o governo de Portugal e os donatários, estabelecia-se os direitos e deveres dos mesmos, entre eles o de desempenhar o papel de autoridade judicial e administrativa com plenos poderes, até mesmo autorizar a pena de morte, caso se torne necessário. Como cada donatário adotava a sua própria maneira de punir, seus poderes assemelhavam-se por demais aos poderes dos senhores feudais caracterizando uma forma privada e doméstica de punir.

A descentralização do poder ocorrida em função das capitâncias hereditárias deu força às ordenações do reino que eram leis advindas do próprio rei

e tratavam de assuntos de forma geral, mas que os donatários continuavam investidos de seus poderes e gozavam de grande influência perante o rei.

Na época do descobrimento do Brasil vigoravam as Ordenações Afonsinas (1447 - 1521) que não trouxeram muita influência para a colônia.

Em seguida, vieram às ordenações Manuelinas (1521-1602) que pouco inovaram em mudanças na área penal, mas já traziam em seu conteúdo o início das organizações burocráticas, prevendo as funções de ouvidores, tabeliães entre outros, mas que na prática mantinha a mesma forma descentralizada de exercer o poder de punir, que se mantinha de maneira desregulada e privada, pois a figura dos donatários continuava viva e ditando as regras a critério próprio em suas capitanias, fazendo com que em muito pouco as ordenações do reino tivessem influência sobre a colônia no que tange ao regime jurídico.

Posteriormente, surgiram as Ordenações Filipinas (1603 - 1830), diferentemente das ordenações anteriores, a primeira que praticamente não existiu para o Brasil e a segunda que pouco inovou no sistema jurídico do Brasil-Colônia, limitando-se a referências burocráticas, tivemos com as Ordenações Filipinas um avanço na legislação criminal, até mesmo porque elas tiveram influência por todo território.

Araújo (2010) ressalta que: as ordenações Filipinas se constituíram na principal referência legal a partir de 1603, quando entrou em vigor, estendendo-se até 1830, quando, já independente, o Brasil ganhou seu primeiro Código Criminal.

A previsão do perdão real já dava sinais de alento em relação ao tratamento dado aos que eram aprisionados em decorrência de algum crime cometido. Ressalta-se que a prática da justiça privada ainda permanecia, pois se vivia a influência do estado escravocrata que dava direito aos proprietários de escravos a exercerem seus poderes sobre seus escravos. A pena de morte ainda presente nas ordenações visava simplesmente inibir, reprimir e dissuadir os crimes de lesa-majestade, ou seja, os crimes considerados como crimes políticos.

A de se frisar o acontecimento da Conjuração Mineira ou Inconfidência Mineira no ano de 1789 em Minas Gerais, que por ter um caráter político separatista com principal objetivo de libertar o Brasil do domínio português, teve um de seus principais líderes, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, condenado a força e em seguida esquartejado.

No entender de Araújo (2010) outra forma de violência institucionalizada pela Justiça era o patíbulo. A execução da pena de morte era concebida como um grande espetáculo. Punição didática para mostrar aos indivíduos (livres e escravos) o poder da Coroa Portuguesa.

Vemos como traços marcantes do sistema jurídico penal no período colonial, a presença da pena privada e a discriminação entre o homem livre e o escravo, além das diferenças pelas classes sociais e sexo.

A escravidão urbana no Rio de Janeiro no século XVIII impulsionou uma concentração muito grande de desordens nas ruas que necessitavam de punições visando coibir novas ocorrências de crimes. Contava-se apenas com três prisões oficiais, que era a Cadeia Pública, a Cadeia do Tribunal da Relação e o Calabouço, este destinado a escravos.

Na época, insuficientes para abrigar tantos presos e além de apresentarem péssimas condições de higiene não tinham uma estrutura adequada e eficiente o que elevava o alto índice de fugas. A alimentação sempre foi um grande problema nas prisões, pois aqueles presos que não dispunham de familiares que fornecessem alimentação, ficavam a mercê do fornecimento de alimentos pela Santa Casa de Misericórdia.

Carlos Eduardo M. de Araújo (2010, p.11) descrevia a cadeia desta forma:

A cadeia pública, localizada no andar térreo do Senado da Câmara, tinha suas grades voltadas para a rua. A terrível situação dos prisioneiros era exposta aos transeuntes. Sujos, maltrapilhos e famintos – esta era a imagem dos presos que não podia contar com mais ninguém a não ser os irmãos da Misericórdia.

3.5.2 Período Imperial

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil mesmo após a proclamação da independência em 1822 e mesmo com a Constituição de 1824 que abordava direitos e garantias individuais baseadas nas ideias iluministas da época, manteve no território brasileiro o regime de escravidão e com ele o direito dos senhores de escravos a aplicarem a sua justiça privada sobre os seus escravos considerados como suas propriedades. Com a escravidão o direito à propriedade era mantido pela constituição e ao mesmo tempo surgia a contradição entre a ideia liberal e a escravatura.

Carlos Aguirre (2010, p.13). define dessa forma:

No Brasil, a permanência tanto da escravidão como da monarquia impedia, quase por definição, a implementação de regimes punitivos que visavam a afirmação de cidadãos virtuosos. Em todos estes casos, estruturas sociais e raciais altamente estratificadas constituíam o pano de fundo das tentativas por implementar as reformas penitenciárias.

Em 1830 entra em vigor o Código Criminal do Império em meio à contradição da escravidão e os ideais liberais em um regime de monarquia apoiadas pelos proprietários rurais que eram os mais interessados na manutenção do regime escravocrata pelos seus interesses na manutenção da mão-de-obra escrava em suas propriedades rurais responsáveis pela economia da época, baseada nas grandes plantações de café.

Segundo Carlos Aguirre (2010, p.17) “os métodos policíacos e punitivos, como vários estudiosos enfatizam, objetivam, sobretudo, garantir a manutenção da ordem social, laboral e racial da qual a escravidão constituía o elemento central”.

Assim, os sistemas policiais criados visavam apenas à manutenção da força de trabalho e do controle social.

Assim chama a atenção Ricardo Alexandre Ferreira (2010, p.9):

Faz-se necessário, entretanto, lembrar que a interpretação que ressalta o aspecto de “desigualdade perante a lei” como característica intrínseca e negativa do Estado no Antigo Regime é tributária, em grande medida, da crítica elaborada ainda no século XIX por membros de tendências liberais e socialistas em suas lutas contra os princípios atribuídos a sociedade que precedeu a Revolução Francesa.

Foi com o Código Criminal do Império atendendo aos apelos liberais que a pena de prisão realmente foi introduzida no Brasil substituindo os castigos corporais, atentando que as penas de privação de liberdade eram aplicadas aos criminosos ditos livres objetivando a reeducação e ressocialização, sendo reservadas aos escravos as penas de açoites.

Com a pena de prisão sendo a pena fundamental do Código Criminal do Império, não foi de imediato que ela foi colocada em prática, até porque inexistiam prisões adequadas para receber os presos condenados a prisão, havendo um lapso temporal até a inauguração da Casa de Correção da Corte do Rio de Janeiro em 1850 que era como símbolo da legislação carcerária em vigor, porém havia os

opositores ao presídio por considerarem que o Brasil se encontrava muito aquém dos sistemas prisionais existentes pelo resto do mundo.

De acordo com Carlos Aguirre (2010, p.9): “a primeira penitenciária na América Latina foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, cuja construção iniciou-se em 1834, tendo sido concluída em 1850”.

Fato comum nas prisões do Império era a mistura de presos de diferentes graus de periculosidade. Na prisão eram colocados presos condenados por crimes considerados mais brandos juntamente com criminosos mais cruéis tidos praticamente como incorrigíveis, contaminando aqueles que ainda podiam ter um grau de recuperação antes de conhecer a depravação total, fruto dessa promiscuidade na cadeia.

A implantação da pena de prisão em pleno movimento escravocrata fez com que se criassem prisões específicas para os escravos fugitivos das fazendas com a finalidade de aplicar-lhes o castigo devido, assim como, aguardar seus proprietários a reclamação de seus direitos sobre sua propriedade.

Estas prisões também recebiam escravos encaminhados por seus senhores para fins de aplicação da pena de açoite, pena esta determinada por cada senhor de acordo com a previsão no Código Criminal do Império de 1830, havendo assim uma aproximação do poder público e do privado no ato de punir.

Clarissa Nunes Maia (2010, p.17) escreveu que:

Temos que levar em consideração que a manutenção e a regulamentação das instituições carcerárias durante o Império eram de competência dos governos provinciais o que ocasiona particularidades por pressão dos interesses das elites locais – que permaneciam ambíguas entre as formas punitivas tradicionais, privatizadas, e os atrativos da modernidade em que queriam se reconhecer.

No período do Império a pena de prisão atingia principalmente os escravos e tinha como sua principal utilidade a manutenção da escravidão que atendia aos interesses da economia cafeeira da época com mão-de-obra escrava.

Há de se considerar que paralelo a implantação das prisões no Brasil que tinha como objetivo manter a escravidão, vários movimentos abolicionistas foram surgindo e como consequência tivemos várias alterações nas leis que regiam o sistema escravocrata, tais como a proibição do tráfico de escravos (1851), Lei do Ventre Livre (1871), Lei dos Sexagenários (1885) e finalmente na Lei Áurea (1888).

3.5.3 Período Republicano

Com a proclamação da República em 1889, foi elaborado já em 1890 o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Nessa concepção do direito penal se buscava superar a inferioridade jurídica dos escravos, agora livres, e a quem eram direcionadas as prisões do tempo do império com a finalidade de manter viva a chama da escravatura no Brasil.

Olavo Bilac citado por Maia (2010, p.1) se pergunta:

Que vai fazer agora o governo? Vai demitir o administrador da casa de detenção? Daqui será obrigado a demitir o cidadão que o substituir, e as coisas continuarão no mesmo pé porque as causas dos abusos não residem na incapacidade de um funcionário, mas num vício essencial do sistema, num defeito orgânico do aparelho penitenciário. E não há de ser a demissão de um administrador que há de consertar o que já nasceu torto e quebrado.

A pena de prisão tornou-se o centro do sistema penal na primeira república. Foi no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil que a figura dos doentes mentais foi vista pela primeira vez, influenciando a criação de manicômios próprios para o cumprimento de penas por aqueles que mesmo doentes mentais representavam um perigo para a segurança do Estado.

Era notório que o interesse do Estado com a instituição do Código Penal da República era o controle das classes consideradas perigosas para o governo, onde os tipos penais atingiam diretamente os imigrantes, os afrodescendentes, prostitutas, ébrios e vadios, classes estas que interessava ao governo manter sob seu controle.

Para Carlos Aguirre (2010, p.47) “as limitações financeiras e a instabilidade política dão conta, em parte, da falta de entusiasmo na formulação e implementação de ambiciosos projetos para a reforma das prisões”.

Com o advento da Constituição de 1891, foram abolidas no Brasil as penas cruéis e de banimento, mantendo a pena de morte, que só poderia ser aplicada em caso de guerra. A Constituição previa em seu texto a função ressocializadora da pena de prisão, só que na prática existia uma enorme diferença entre a previsão constitucional e o que realmente acontecia dentro dos estabelecimentos prisionais, visto que a construção de novos estabelecimentos

correcionais não ocorreu como era previsto, ocasionando a consequente superlotação nos presídios já existentes.

A visão de Gizlene Neder (2010, p.19) é a seguinte:

Com uma enorme preocupação com a eficácia da ação judicial, o discurso jurídico no Brasil, desde o início do período republicano, realizou um movimento que tem ido da apologia da disciplina e do trabalho as práticas repressivas que deveriam ser as mais “modernas e eficientes” discorrendo amplamente acerca das penas e do efeito ressocializador da ação judicial.

Podemos dizer que a forma repressora como eram tratados os presos e o ambiente hostil dentro dos presídios com superlotações perduram até nossos dias.

Esse quadro durou até o início do Estado Novo quando foi aprovada uma constituição autoritária e que satisfazia aos interesses políticos do governo e novamente tivemos um período no qual a pena de prisão no Brasil foi utilizada para conter os adversários políticos do governo.

Segundo Carlos Aguirre (2010, p.39)

Os presos políticos eram, em geral, reclusos em pavilhões separados no interior das cadeias, delegacias de polícia e quartéis militares, pois a tradição, a legislação e a determinação dos próprios presos políticos garantiam que não fossem misturados com os presos comuns.

Na época um novo projeto de Código Penal foi elaborado e no mesmo a pena de prisão foi apresentada com o objetivo de atingir a regeneração do delinquente e que o sistema progressivo para cumprimento da pena apresentava-se como o mais adequado para atingir a tal fim. O projeto previa as medidas de segurança e a classificação entre os imputáveis e imputáveis de acordo com o grau de responsabilidade de quem cometia o crime.

Em 1940, o Código Penal foi aprovado em plena turbulência política no Brasil autoritário, em que se fazia uso das prisões para fins políticos e punir os adversários do governo. O Código Penal de 1940, mesmo passando por várias mudanças, ainda rege a lei penal no país.

Em 1969, durante o regime militar foi instituído um novo Código Penal que previa um Regime Disciplinar Diferenciado para os presos políticos considerados como uma ameaça para a segurança do Estado e considerados inimigos perigosos do governo, sendo posteriormente revogado por não atender mais a realidade política do país.

Clarissa Nunes Maia (2010, p.3) escreve que:

A justiça no Brasil, no entanto, mantém uma predileção pela prisão em regime fechado. A superlotação carcerária afronta a condição humana dos detentos, aumenta a insegurança penitenciária, o abuso sexual, o consumo de drogas, diminui as chances de reinserção social do sentenciado, além de contrariar as condições mínimas de exigências dos organismos internacionais.

Percebemos que perdura uma esperança que a prisão seja uma solução ou um lugar para recuperação daqueles que desviam suas condutas do que é estabelecido pela sociedade, mas ao mesmo tempo se percebe que as prisões também servem para que os governos façam uso da mesma em seu favor, mesmo pregando uma adesão aos princípios liberais. O discurso político no momento é de investimento no sistema penitenciário para melhorá-lo e criar novas prisões, mas as mesmas continuam renegadas ao abandono e os governos não têm como se livrar do problema por não terem uma solução imediata para a questão.

4 DO EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O Estado soberano é quem detém o direito exclusivo de punir, sendo um direito indelegável e que se impõe abstrato e indistintamente sobre todos os cidadãos. A partir do momento que um delinquente comete um crime o direito de punir do Estado que era abstrato e que se impunha a todos, se torna concreto e individualiza-se sobre o delinquente que cometeu o crime.

A pretensão de punir do Estado em submeter o direito de liberdade do criminoso ao seu direito de punir, estabelece uma relação jurídico-punitiva entre o Estado e o delinquente, gerando o que é denominado de punibilidade que é a concretização da pretensão punitiva. Para Fernando Capez (2012, p.1)

O direito de punir é, portanto, uma manifestação da soberania de um Estado, consistente na prerrogativa, *in abstracto*, de se impor coativamente a qualquer pessoa que venha a cometer alguma infração penal, desrespeitando a ordem jurídica vigente e colocando em perigo a paz social.

Para atribuir ao autor da infração penal uma punição, o Estado tem que valer-se de um conjunto de atividades que esclareça o crime, esclarecendo seus motivos, as circunstâncias da ocorrência e a identificação do seu autor. Esse conjunto de atividades oficiais denominadas persecução penal, são desenvolvidas a partir da instauração de um inquérito policial, procedimento de natureza investigatória visando apurar a prática de uma infração penal e seu autor.

Em seguida, com a propositura da ação pelo Ministério Público fazendo a função do próprio Estado, é instaurado o processo atendendo ao princípio do devido processo legal. Por fim, com a admissão da pretensão acusatória vem a execução da pena finalizando as atividades da persecução penal.

4.1 Execução Penal

Com a finalidade de satisfazer a efetiva e concreta pretensão punitiva do Estado, a execução penal desse momento em diante denominada de pretensão executória, pelo fato de já existir uma sentença judicial transitada em julgado

pronunciada dentro do devido processo legal que atribui ao infrator uma sanção penal prevista em lei.

A execução da pena tem dupla finalidade, uma de punir o criminoso e outra a de prevenir a prática de outros crimes, através da reeducação e intimidação coletiva dos cidadãos. A Lei de Execução Penal em seu Art. 105 prevê: “Transitado em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

4.1.1 Princípios da execução penal

A execução penal tem sua natureza mista pois tem atos meramente administrativos, assim como, atos jurisdicionais que se desenvolvem durante todo o processo, e como há o processo, obviamente que estão presentes como princípios da execução penal os princípios constitucionais que regem o processo. Foram assim classificados por Fernando Capez (2012):

4.1.1.1 Princípio do contraditório

A Constituição da República dispõe que que os envolvidos em uma relação jurídica processual, além de terem ciência de todos os atos e decisões do processo, terão oportunidade de manifestar-se previamente a respeito, devendo inclusive o juiz da execução manter nos autos do processo todas as cartas e petições relacionadas a manutenção do direito ao contraditório e ampla defesa. Inciso LV do Art. 5º CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

4.1.1.2 Princípio da ampla defesa

Também prevista no Inciso LV do Art. 5º, a ampla defesa está relacionada ao direito de uma defesa técnica feita por um profissional habilitado, assim como, também será admitida a autodefesa que é o acompanhamento por parte do condenado de todas as provas produzidas contra ele que possam vir a interferir no

modo de cumprimento da pena. O sentenciado sempre terá direito a assistência de advogado, e caso não possa constituir seu próprio advogado por falta de recursos financeiros, o Estado prestará esta assistência jurídica como prevê a CF Art. 5º Inciso LXXIV “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A Lei de Execução Penal em seu Art. 15 também traz a previsão da assistência jurídica e a Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010, que altera a Lei de Execução Penal, atribui competências à Defensoria Pública para prestar estes serviços de assistência jurídica.

4.1.1.3 Princípio do duplo grau de jurisdição

Na parte final do Inciso LV do Art. 5º da Constituição Federal, prevê a utilização dos meios e recursos necessários a instâncias superiores, em relação as decisões jurisdicionais que restrinjam ou concedam algum direito do sentenciado. O Art. 19 da LEP traz a previsão de recurso “Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo”.

4.1.1.4 Princípio da publicidade

Salvo as situações que envolvam crimes contra a dignidade sexual ou contra direito de crianças e de adolescentes, em regra, não há que se manter sigilo dos atos praticados na execução penal, vejamos as previsões Constitucionais: Art. 5º Inciso LX “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” e Art 93 Inciso IX

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

4.1.1.5 Princípio da igualdade

É o princípio constitucional que baseia o relacionamento entre os cidadãos e destes com o Estado. Na redação do *caput* do Art. 5º da CF vemos “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,”. Outras previsões constitucionais como a inexistência de juízos ou tribunais de exceção (Art. 5º, XXXVII, da CF) a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação de liberdade (Art. 5º, LIV, da CF) como o tratamento isonômico que o juiz deve dispensar às partes integrantes da relação processual, fazendo com que, ninguém sofra qualquer tipo de discriminação durante a execução penal.

4.1.1.6 Princípio da legalidade

A pena deverá ser executada de acordo com a previsão em Lei, não sendo permitido a privação de liberdade de alguém sem o devido processo legal. A não ser mediante autorização em lei a liberdade do preso não poderá ser negada, sendo considerada ilegal a prisão além do tempo permitido. Disposição Constitucional Art. 5º Inciso LXV “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;”.

4.2 Regimes Penitenciários das Penas Privativas de Liberdade

Com a ideia latente que a prisão cumpre o papel de controle social nos casos dos crimes considerados mais graves, a pena privativa de liberdade é prevista para a maioria dos crimes e é classificada em três espécies: reclusão, detenção e prisão simples. Atualmente no Brasil vige o sistema vicariante em que o juiz tem a alternativa de aplicar uma pena ou medida de segurança, sendo esta imposta aos inimputáveis ou semi-imputáveis.

De acordo com o Art. 110 da LEP, o juiz no ato de estipular a sentença, estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena.

4.2.1 Regime fechado

A pena é cumprida em estabelecimento penal tipo penitenciária de segurança máxima ou média e o condenado será alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório, de acordo com o Art. 88 da LEP.

Conforme a previsão do Art. 34 do Código Penal e Art. 8º da LEP o condenado que inicia o cumprimento da pena no regime fechado será submetido ao exame criminológico, objetivando colher os elementos necessários do criminoso para uma justa individualização da execução da pena.

O isolamento restringe-se unicamente ao período noturno, pois durante o dia o condenado fica sujeito ao trabalho comum de acordo com as aptidões, mas respeitando a compatibilidade com a execução da pena. Art. 34 § 1º e 2º do CP.

4.2.2 Regime semiaberto

A pena será cumprida em estabelecimento penal tipo colônia penal agrícola, industrial ou similar conforme dita o Art. 91 da LEP.

Neste regime o criminoso será alojado em compartimento coletivo atentando para a capacidade máxima da cela a fim de atender os objetivos da individualização da pena.

Há uma contradição no tocante a realização do exame criminológico entre a previsão do Art. 35 do CP que traz a previsão da realização do referido exame e a não obrigatoriedade prevista no parágrafo único do art. 8º da LEP.

Fernando Capez (2012, p.72) assim se posiciona:

diante da indisfarçável contradição entre o Art. 35 do CP o qual estabelece ser compulsório e imprescindível o exame criminológico para que o detento ingresse no regime semiaberto e o parágrafo único do Art. 8º da Lei 7.210/84 o qual dispõe expressamente, ser facultativo esse procedimento, ao usar o vocábulo “poderá”, deve prevalecer a regra da Lei de Execução Penal, que é posterior, dado o Direito Material sempre preceder ao Formal.

4.2.3 Regime aberto

O regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, a ele é permitido o trabalho ou a frequência a cursos durante o dia e

a noite e nos dias de folga recolha-se ao estabelecimento penal tipo Casa do Albergado ou similar. Para Fernando Capez (2012, p.78):

O pressuposto para o ingresso no regime aberto é a aceitação do condenado do seu programa e das condições impostas pelo juiz. Caso o condenado se recuse expressamente a aceitá-los ou se deduza, por seu comportamento, que não os aceita, não se lhe pode conceder a progressão.

4.3 Estabelecimentos Penais

Destinados a acomodar pessoas que perderam seu direito de liberdade.

Podem ser recolhidos aos estabelecimentos penais tanto os condenados, os submetidos as medidas de segurança, os presos provisórios e os egressos. Estes estabelecimentos devem ter sua construção adequada as características da pena a ser cumprida, visando a reinserção do infrator ao convívio social, razão pela qual em suas dependências deve existir áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

Há previsão legal na Lei de Execução Penal que um mesmo conjunto arquitetônico possua estabelecimentos penais de destinação diversa, desde que, devidamente separados. Os estabelecimentos penais são classificados pela lei em penitenciárias, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e cadeia pública.

Baseado nas diversas categorias de presos, os estabelecimentos penais recebem outras classificações respeitando as previsões em lei, particularmente na Constituição Federal no Art. 5º Inciso XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; e na Lei de Execução Penal.

A lei estabelece que o preso provisório será mantido em separado dos presos condenados com sentença transitada em julgado. Quanto ao grau da pena o estabelecimento penal pode ser de segurança máxima, média e prisão aberta.

As mulheres devem ser presas em estabelecimentos adequados às suas condições pessoais e o preso primário deve cumprir sua pena em separado do reincidente. O funcionário da administração da Justiça Criminal que cometer crime e for condenado em caráter definitivo cumprirá a pena em estabelecimento específico por questão de segurança do próprio apenado.

Seguindo as espécies de estabelecimentos penais elencadas em lei, veremos a destinação de cada uma:

4.3.1 Penitenciárias

A penitenciária é destinada aos condenados com pena privativa de liberdade em regime fechado. O Art. 88 da LEP prevê: “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”.

Também é estabelecido pela Lei de Execução Penal as garantias mínimas de salubridade do ambiente e espaço físico de cada unidade celular. Além dos requisitos comuns as penitenciárias, as prisões femininas serão dotadas de seção para gestantes e parturiente e creches para abrigar crianças entre 6 meses e 7 anos para assistir crianças desamparadas cuja responsável esteja presa.

As penitenciárias serão construídas afastadas dos centros urbanos mas sem impedir as visitas.

4.3.2 Colônia agrícola, industrial ou similar

Destinada ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Segundo Fernando Capez (2012, p.63) “nessa colônia deverá existir uma relativa liberdade para os presos, sendo a vigilância moderada, com os muros mais baixos. Leva-se em conta a responsabilidade do condenado em face do cumprimento da pena”.

Outra característica é que o condenado pode ser alojado em compartimento coletivo, respeitando as condições mínimas de salubridade coerentes com a existência humana.

4.3.3 Casa do albergado

Conforme está previsto no Art. 93 da LEP – “A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”. Para Fernando Capez (2012, p.64)

Tem por finalidade de receber aqueles presos que guardam uma atitude consciente de aceitação da sentença condenatória e da pena cominada,

submetendo-se a disciplina do estabelecimento penal pacificamente, sem o intento de fuga.

O estabelecimento deverá localizar-se em centro urbano e não terá obstáculos físicos contra à fuga, considerando que o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

4.3.4 Centro de observação

Para a execução da pena deve se ter a preocupação em não deixar no mesmo ambiente pessoas que foram apenadas por cometerem crimes mas que possuem periculosidades diferentes o que poderia causar um efeito diferente do pretendido na execução da pena.

Nas palavras de Fernando Capez (2012,p.64)

O Centro de Observação, em sintonia com o Departamento Penitenciário local ou similar, é o órgão destinado a proceder à classificação dos condenados que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado, mediante a realização de exames e testes de personalidade, como o criminológico, visando à individualização na execução da pena, devendo encaminhar os resultados à Comissão Técnica de Classificação, a qual formulará o programa individualizador.

O Art. 98 da LEP traz a previsão que na ausência do Centro de Observação os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação.

4.3.5 Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico

Considerando que a Medida de Segurança não seja realmente uma pena mas não deixa de ser uma sanção penal. O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico destina-se a aos imputáveis e semi-imputáveis buscando diretamente o tratamento dos mesmos e por assegurar a custódia dos internados, não deixa de ser um estabelecimento penal.

No caso do apenado durante a execução de sua pena for acometido por doença mental a LEP prevê em seu Art. 108. “O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”.

4.3.6 Cadeia pública

A cadeia pública é destinada ao recolhimento dos presos provisórios e cada comarca deverá ter no mínimo uma que deverá ser situada próximo ao centro urbano e com as condições mínimas de salubridade previstas para as penitenciárias, porém sem a necessidade do rigor penitenciário. O objetivo dessas particularidades é atender os interesses da Administração da Justiça Criminal, além de manter o preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

5 DOS DIREITOS DO CONDENADO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA

O Ordenamento Jurídico Brasileiro teve sempre a preocupação em assegurar ao condenado todas as condições favoráveis a integração social por meio de sua reeducação, assim como preservar todos os seus direitos não atingidos pela sentença. O Código Penal e a Lei de Execução Penal trazem claramente a previsão de garantia dos direitos individuais previstos em nossa Constituição.

O Art. 38 do Código Penal prevê que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” e o Art. 3º da Lei de Execução Penal garante que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Com base Constituição Federal e nos institutos do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, veremos adiante os direitos do condenado durante o período de execução da pena elencados por Fernando Capez (2012):

a) Direito a vida

Como é o primeiro e elementar dos direitos humanos, a nossa constituição garante o direito à vida como o mais importante bem do homem, cabendo ao Estado assegurar esse direito a qualquer cidadão e como não haveria de ser diferente tem que garantir a vida do preso durante a execução da pena. A Constituição também traz a proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.

CF/88 - 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:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84,

XIX;

b) Direito a integridade física e moral

Direito protegido pelos seguintes dispositivos do ordenamento jurídico:

CF/88 - Art. 5º Inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Art. 5º Inciso XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LEP - Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 38 do CP - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

c) Direito a igualdade

Visa o tratamento isonômico perante a Lei.

CF/88 - 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;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

LEP Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena

d) Direito de propriedade

É o direito subjetivo de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem e é um direito fundamental resguardado pela Constituição, além de ser um pressuposto da ordem econômica:

CF/88 - 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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

LEP Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

IV - constituição de pecúlio;

e) Direito a liberdade de pensamento e convicção religiosa

Tanto a Constituição Federal como a Lei de Execução Penal garantem esse direito:

CF/88 – Art. 5º Inciso IV - IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

LEP - Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

f) Direito a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem

Previsão legal:

CF/88 – Art. 5º Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

LEP – Art. 39 Inciso III - Art. 39. Constituem deveres do condenado:

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

XI - chamamento nominal;

g) Direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra abuso de poder

Previsão na Constituição Federal e Lei de Execução Penal:

CF/88- Inciso XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LEP - Art. 41 Inciso XIV - Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

h) Direito a assistência jurídica

Também garantido na Constituição e na Lei de Execução Penal:

CF/88- Art. 5º Inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LEP - Art. 11. A assistência será:

III -jurídica;

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

Direito a educação e a cultura

Previstos na Constituição e Lei de Execução Penal:

CF/88 - Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

LEP – Art. 11- rt. 11. A assistência será:

IV - educacional;

Os artigos 17 ao 21 da Lei de Execução Penal refere-se a assistência educacional dos presos, compreendendo a formação profissional do preso e a instrução escolar obrigatória de 1º grau (ensino fundamental).

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

Direito ao trabalho remunerado

Previsto na Lei de Execução Penal:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, serão depositadas a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

i) Direito a indenização por erro judiciário

Previsão na Constituição e no Código de Processo Penal:

CF/88- Art. 5º Inciso LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença

CPP Art. 630 - O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

j) Direito a alimentação, vestuário e alojamento com instalações higiênicas

Previstos na Lei de Execução Penal:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

l) Direito a assistência de saúde

Previsto na Lei de Execução Penal:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

A Lei 11.942/2009 altera alguns dispositivos da Lei de Execução Penal para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

m) Direito a assistência social

Previsto na Lei de Execução Penal:

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Direito a individualização da pena

- Garantido pela Constituição Federal, Código Penal e Lei de Execução Penal;
- CF/88- Art. 5º Inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

CP – 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.

LEP – Art. 5º - Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6ºA classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

Direito a receber visitas

- Previsão na Lei de Execução Penal:
- Art. 41 Constituem direitos do preso:
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

Esse direito não se constitui um direito absoluto, pois pode ser limitado pelo Diretor do Estabelecimento Penal ou do Juiz. O Art. 52 da LEP que regula o regime disciplinar diferenciado imposto ao condenado ou preso provisório que cometer crime doloso capaz de subverter à ordem e disciplina internas, também autoriza em seu Inciso III a restrição das visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas.

6. DOS INCIDENTES DO EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Quando da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal nº 213 de 9 de maio de 1983, o legislador já previa que a própria lei era passiva de haver falhas no seu cumprimento, pois a mesma seria encorajada pelo princípio da legalidade, onde todos os seus atos e termos estariam submetidos aos rigores deste princípio.

O Art. 168 preceitua o seguinte:

Todo procedimento está sujeito a desvios de rota. Em harmonia com o sistema instituído pelo Projeto, todos os atos e termos da execução se submetem aos rigores do princípio de legalidade. Um dos preceitos cardeais do texto ora posto à alta consideração de Vossa Excelência proclama que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Assim, para além dos direitos individuais do apenado, era na busca da garantia do processo legal de execução que se cumpria as exigências da defesa social. Ao fazer um comparativo com a execução cível é ressaltado que na execução penal não tem a liberdade do condenado para atuar em sua própria defesa, contrário do que ocorre civilmente que estando livre o condenado pode atuar para anular os excessos ocorridos na execução contra si.

A segunda parte do Art. 171 da Exposição de Motivos traz a seguinte redação:

A impotência da pessoa ou internado constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso do poder

Ocorre o excesso ou desvio sempre que os limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentos, não forem obedecidos por aqueles que praticam algum ato durante a execução da pena, gerando a necessidade de um controle jurisdicional já que os direitos do condenado foram infringidos além da normalidade da execução.

A previsão legal encontra-se no art. 185 da LEP – “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Como vimos no artigo citado acima, a lei não estabelece diferenciação entre o excesso e o desvio, a letra da lei pouco esclarece sobre os institutos e a que se destinam, trazendo a redação de forma genérica e indefinida, o que pode levar a crê que todo ato de vá de encontro à finalidade e ao estabelecido na sentença durante a execução penal, seja excesso ou desvio.

Diante da falta de diferenciação entre os termos excesso e desvio por parte da lei, carece uma amostra das diferenças dos termos. Faremos inicialmente a diferença literal e prosseguindo a diferenciação que alguns autores fazem entre o excesso e o desvio na execução penal.

Temos a definição dos termos por um dicionário da língua portuguesa:

Excesso: “Diferença para mais entre duas quantidades; excedente, sobra. Grau elevado; exagero, cúmulo. Abuso. Falta de moderação; desregramento. Desregramentos.” (MICHAELIS, 2010)

Desvio: “Ação ou efeito de desviar. Mudança de direção. Destino ou aplicação errada, indevida. Afastamento do padrão ou uso normal.”(MICHAELIS,2010)

Doutrinariamente essa diferença é estabelecida. Fernando Capez (2012, p.143) cita como se dar cada instituto:

Assim, o excesso ocorre quando se extrapola a punição, impondo-se sanção administrativa além do limite estabelecido na lei. O desvio, por sua vez, está imbuído de conteúdo qualitativo, ocorrendo quando a autoridade administrativa se distancia dos parâmetros legais fixados.

Para Capez (2012), em caso de excesso as consequências sempre serão desfavoráveis ao sentenciado, enquanto que no caso de desvio na execução da pena, as consequências podem ser favoráveis ao condenado, pois o mesmo pode vir a se concretizar em um benefício, como seria o caso de uma concessão benéfica, permissão de saída, quando não seria cabível. A doutrina enxerga duas subdivisões para estabelecer as diferenças entre o excesso e o desvio na execução penal. Quais sejam:

6.1 Diferença por polaridade

Essa corrente defende a ideia que os aspectos positivos ou negativos é que norteiam as adversidades existentes durante a execução da pena e que extrapola os limites da sentença condenatória, o que seria definido por polaridade.

A definição dada por Nucci e Zimmaro (2012, p.4):

Nesse contexto, o excesso abarcaria toda e qualquer situação em que o sentenciado padece negativamente, além dos limites legalmente previstos, suportando tratamento mais rigoroso, dotado de incidência de maior ônus ou gravame.

Segue julgado ilustrativo do caso:

Ementa: AGRAVO EM **EXECUÇÃO PENAL** - PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA - SUPERVENIÊNCIA DE CONDOTA DEFINIDA COMO FALTA GRAVE - REGRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO **INCIDENTE** DE APURAÇÃO DA FALTA GRAVE - REGIME ABERTO - AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO - PRISÃO DOMICILIAR - VIABILIDADE - PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - CUMULAÇÃO COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - NÃO CABIMENTO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - **EXCESSO DE EXECUÇÃO** - RECURSO NÃO PROVIDO. - A regressão de regime é medida cabível apenas nos casos em que houver cometimento de "fato definido como novo crime ou falta grave", devendo, nestas hipóteses, haver a prévia oitiva do apenado, conforme prescrição do art. 118, § 2º, da LEP. - O cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o determinado colide com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da individualização da pena. - A ausência de estabelecimento adequado para a satisfação da pena no regime aberto possibilita a concessão provisória de prisão domiciliar. - A prestação de serviços a comunidade e a prisão domiciliar são duas sanções diferentes, a primeira admitida nas hipóteses do art. 180, da LEP, e a segunda nos casos previstos no art. 117, do mesmo diploma, não sendo uma condição de aplicação da outra. Deste modo, sua prestação cumulada implicaria em evidente **excesso** de **execução** de pena. (AGEPN 10231110233369001 MG)

No caso do desvio, o mesmo ocorre quando as situações de adversidade atingem de forma positiva o sentenciado, fazendo com que o mesmo seja beneficiado de maneira inadequada e fora dos ditames da sentença condenatória.

Segue julgado ilustrativo do caso:

Ementa: **INCIDENTE DE DESVIO DE EXECUÇÃO**. PRISÃO DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO. Mesmo que justificável o repúdio acerca das más condições dos estabelecimentos penais por parte do Poder Executivo, em desatenção aos ditames da Lei de **Execuções** Penais no que diz com direitos da pessoa do apenado, o benefício da prisão domiciliar não se mostra a medida socialmente recomendável sob os aspectos da prevenção e repressão do

delito. Não se justifica, absolutamente, seja o apenado reinserido ao pleno convívio social ao arrepio da lei. Aliás, a fiscalização das prisões domiciliares é utópica. De relevar-se, por oportuno, embora ruins e bem longe do ideal, certamente as condições carcerárias do apenado são melhores do que de considerável parcela da população - que jamais cometeram crime - e que vivem nas periferias da cidade, sem luz, vestuário, saneamento básico e alimento digno, num desespero velado que poucos enxergam a pleno e que não tem sido objeto de tanto clamor pelas instituições, embora todos os seres humanos - criminosos ou não - sejam merecedores do respeito estatal e por parte de todos os seus poderes. Em suma, há que se sopesar de modo permanente em **execução** penal, hodiernamente, caso a caso, a opção pelo mal menor. A opção que se dá em prejuízo da sociedade ordeira já tão sofrida com a criminalidade desenfreada, além de contrária à lei, sem dúvidas é o mal maior. POR MAIORIA, JULGARAM PROCEDENTE O **INCIDENTE** PARA CASSAR A PRISÃO DOMICILIAR, VENCIDO O RELATOR QUE O JULGAVA IMPROCEDENTE. (PETIÇÃO Nº 70053186326, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 18/04/2013) PET 70053186326 RS

Em 29 de junho de 2016, o plenário do STF ao julgar um Recurso Extraordinário aprovou por maioria dos votos a proposta de Súmula Vinculante tratando da impossibilidade da manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso diante da falta de estabelecimento penal adequado.

O verbete aprovado foi proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso com a seguinte redação: *“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320.”*

Com esta decisão o STF pacificou a interpretação sobre a ocorrência do incidente de desvio nas decisões dos juízes da execução penal em que os mesmos poderão avaliar os estabelecimentos disponíveis e destinados aos regimes semiaberto e aberto. O exemplo, podemos citar o caso da inexistência de um estabelecimento penal adequado para o regime semiaberto em que o condenado não poderá ser mantido em regime fechado sob a alegação que a passagem direta do regime fechado para o aberto afrontaria o interesse geral da sociedade que deseja ver o criminoso cumprir rigorosamente sua sentença e pagar pelo crime que cometera.

A ausência de estabelecimentos penais suficientes para atender a demanda da justiça criminal é fruto do descaso com as políticas públicas voltadas para o setor carcerário, momento em que o condenado não pode ter seus direitos individuais denegados em virtude da inatividade do poder público.

6.2 Diferença por natureza

A linha de pensamento desta corrente é que as adversidades ocorridas durante a execução penal diferenciam-se em quantitativas e qualitativas.

A definição dada por Nucci e Zimmaro (2012, p.5):

A diferença quantitativa refere-se ao aspecto numérico relativo à duração da pena, ou seja, todo e qualquer infortúnio relacionado ao prazo estabelecido em sentença, para o cumprimento da pena é concebido sob a óptica deste corrente como excesso.

Segue julgado ilustrativo do caso:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR PARA APENADO QUE CUMPRE PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. I. Embora o art. 117 da Lei de **Execução Penal** elenque hipóteses para a concessão de prisão domiciliar, o rol não é taxativo, devendo ser incluídos casos excepcionais, quando os princípios da proporcionalidade, da individualização da pena e da razoabilidade indicarem a necessidade de concessão do benefício. II. Cabe ao Estado construir e manter os estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento da pena. A manutenção de presos em regime mais rigoroso caracteriza arbítrio, **Excesso de execução**, que deve ser corrigido mediante a interpretação dos dispositivos legais **incidentes** na espécie, à luz dos princípios que norteiam o Direito **Penal**. III. A manutenção de presos com direito à progressão em regime mais rigoroso caracteriza arbítrio, **excesso de execução**, que deve ser corrigido mediante a interpretação dos dispositivos legais **incidentes** na espécie, à luz dos princípios que norteiam o Direito **Penal**. Precedentes do STF e do STJ. IV. Pedido alternativo de conversão em pena restritiva de direitos ou restrição das condições da prisão domiciliar não conhecido. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravado Nº 70055513253, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 07/08/2013) AGV 70055513253 RS

O desvio é entendido como as situações que alteram de forma qualitativa a finalidade da pena, concedendo ao preso certos privilégios e situações menos rigorosas de que as estabelecidas na sentença.

Segue julgado ilustrativo do caso:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DECISÃO QUE CONCEDEU, MEDIANTE CONDIÇÕES, A PRISÃO DOMICILIAR-ALBERGUE A TODOS OS PRESOS DO REGIME ABERTO. INCIDENTE POR DESVIO DE EXECUÇÃO. ARTS. 185 E 186, DA LEP. CABIMENTO. EVIDENTE DESVIO DE EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR-ALBERGUE. Impossibilidade de sua fixação ao tão-só argumento de que inexistente vaga no regime adequado, o que configuraria verdadeiro esvaziamento do comando sentencial proferido. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 658994 RS 2004/0058350-6, Relator: Ministro JOSÉ

ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 19/05/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/06/2005 p. 438)

Para Nucci e Zimmaro (2012 ,p.4) :

Depreende-se, portanto, que para a segunda corrente, toda situação que extrapolar limite temporal para cumprimento da pena será vista como excesso sob o prisma quantitativo, restando ao desvio os demais infortúnios que excedem ou impedem a execução da pena dentro dos moldes qualitativos legalmente preestabelecidos, o que restaria em ofensa à individualização da pena.

Na ocorrência dos incidentes de excesso ou desvio na execução da pena só cabe suscitar tais incidentes, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o sentenciado e qualquer dos demais órgãos da execução penal, conforme previsão no art. 186 da Lei de Execução Penal.

7 CONCLUSÃO

Ao realizar uma análise sobre o histórico das penas privativas de liberdade conclui-se que na época dos povos primitivos não existiam as penas de prisão e as penas eram apenas a vingança privada ou de sangue exercidas pelas tribos ou grupos sociais contra os indivíduos que transgrediam as normas e passavam a ser tratados como inimigos do grupo. As penas exerciam a dupla finalidade de eliminar esses inimigos do grupo e também evitar a contaminação do restante dos componentes em virtude daquele procedimento criminoso.

Na idade antiga tivemos aos poucos o início da mudança das penas privadas ou familiares para as penas públicas, tudo isso em decorrências do surgimentos dos primeiros Estados organizados. À época tivemos os Estados teológicos em que as penas visavam a satisfação de uma divindade e a pena pública atendia a vontade da coletividade na busca da paz coletiva.

Na idade média continuava a visão de crueldade na execução das penas e toda execução penal era direcionada para atingir o corpo do condenado. Com a difusão do cristianismo, que teve uma influência marcante na mudança da visão de execução das penas, passou-se a ter uma visão de homem a imagem e semelhança de Deus. Com o fim da crença politeísta tivemos a aproximação entre a Igreja e o Estado com um apoio recíproco visando cada um seus interesses. A filosofia cristã se mantinha contrária à tortura no cumprimento da pena e pregava uma justiça penal retributiva e proporcional.

Com as ideias renascentistas foram alicerçados os princípios da legalidade combatendo os julgamentos sem chance de defesa para o criminoso, assim como, a proporcionalidade e o princípio da inocência culminado na Declaração dos Direitos do Homem em 1789.

Já no período contemporâneo as revoltas pelo fim dos suplícios e a forma arbitrária e cruel praticados durante o absolutismo, tivemos o início da consagração dos princípios humanísticos no direito penal que teve na Revolução Francesa seu principal acontecimento, vindo posteriormente a divulgação de teorias pelo abrandamento das penas.

A prisão como pena não tem um marco preciso na história, mas a prisão em si existe desde os primórdios da humanidade e no decorrer da história do

homem teve seu uso e finalidades diversas de acordo com a época e o grupo social que dela fazia uso.

A prisão na antiguidade visava apenas a guarda do criminoso antes de ser submetido a condenação definitiva que seria a tortura, o suplício e até a pena de morte. Por toda idade média a prisão continuava sendo usada como local de custódia antes da aplicação da pena definitiva, pois ainda não se tinha a ideia de aplicação da pena privativa de liberdade.

Foi na modernidade que surgiram as primeiras prisões com a finalidade de cumprimento de pena, isso em função de uma necessidade do Estado francês em conter uma crescente onda de delinquência da população na busca pela sobrevivência, fruto da pobreza que assolava a França que teve enormes gastos com guerras religiosas e queda na economia em função do ultrapassado sistema agrícola.

Posteriormente, o movimento se estendeu para a Inglaterra e toda a Europa. Foi nesse período que a ideia do trabalho nas prisões ganhou força e chegando nos Estados Unidos foram criados sistemas penitenciários como o Sistema da Pensilvânia em que o preso era isolado totalmente inclusive para o trabalho e o Sistema de Auburn em que o trabalho era coletivo durante o dia e o isolamento era somente no período noturno.

No Brasil durante todo período colonial a cultura portuguesa foi imposta e o direito português era o que prevalecia na Colônia onde as prisões não tinham uma organização adequada, valendo-se de instalações improvisadas sem as mínimas condições de segurança e higiene. Mesmo após a independência ainda vigorava no Brasil as ideias da legislação portuguesa através das Ordenações Filipinas e mesmo com o advento da Constituição de 1824, que introduzia alguns direitos individuais, o regime escravocrata ainda foi mantido. Foi implantado em 1830 o Código Penal do Império, mergulhado em uma gritante contradição entre os ideais iluministas e a escravidão apoiada pelos produtores rurais.

Foi com o Código Penal do Império que a pena de prisão foi introduzida no Brasil passando a ser a pena fundamental do sistema penal brasileiro destinadas aos cidadãos ditos livres que cometiam algum crime, ficando reservado aos escravos as penas cruéis de açoites.

As mudanças vividas pela sociedade nos séculos XVIII e XIX atingiram o direito penal com valores de humanidade e com a aceitação que o direito de punir

era uma função geral da sociedade e que todos individualmente tinham o direito de exercer essa função através de seus representantes. Mas aos poucos foram sendo esquecidas as propostas feitas de outras formas de penas, defendidas por pensadores da época, e foi sendo incorporado na pena de prisão um caráter de castigo para com o criminoso.

Já livre do entrave da escravatura o Brasil entra no período republicano e em 1890 institui o Código Penal do Brasil, buscando superar a inferioridade dos escravos perante a lei penal e a prisão é tida como o centro do sistema penal. Contando que a Constituição da República já tinha abolido as penas cruéis e de banimento, os tipos penais desse código visavam atingir principalmente as classes consideradas inimigas do governo como os imigrantes, os afrodescendentes, prostitutas, ébrios e os vadios.

A pena de prisão tinha como objetivo atingir a regeneração do delinquente tendo como um de seus canais o sistema progressivo. Mas a forma repressora e o ambiente hostil das prisões não permitiam o alcance de tal objetivo perdurando até nossos dias.

O Código Penal de 1940 foi aprovado em meio a um governo autoritário e que as prisões muitas das vezes eram utilizadas para satisfazerem a fins políticos.

Com um lapso temporal considerável, apenas em 1984 foi instituída a Lei de Execução Penal no Brasil regida por princípios basilares como a legalidade, o contraditório e a ampla defesa, buscando a garantia constitucional dos direitos individuais e a individualização da pena. A Lei de Execução Penal traz os regimes em que o condenado deverá iniciar o cumprimento da pena, ou seja, o regime fechado, o semiaberto e o regime aberto.

Os órgãos da execução penal são definidos pela lei, com as responsabilidades e obrigações de cada um, fazendo com que a forma do cumprimento das penas não venha a recair sobre o condenado situações que possa lhe prejudicar indo além dos ditames da sentença condenatória, como também, a ocorrência de situações que venha a favorecer o condenado, fugindo assim, das previsões da sentença. Também são elencados todos os direitos e obrigações dos presos.

Já prevendo que mudanças de rumos seriam possíveis por parte dos envolvidos na execução penal, o legislador já na exposição de motivos da lei aceitava essa possibilidade e a lei trouxe em seu corpo a indicação de institutos

caracterizadores de tais eventos, os quais foram intitulados de incidentes. Entre esses incidentes de execução estão o do excesso ou desvio objetos desse trabalho.

Todo ato que vá de encontro ao estabelecido na sentença penal é considerado um incidente de excesso ou desvio, porém a Lei de Execução Penal não estabelece uma diferenciação entre os termos trazendo no mesmo artigo os dois institutos como sendo congêneres, só que literalmente já existe esta diferença a partir do significado das palavras contidas em dicionários da língua pátria.

A diferença entre os institutos é colocado em questão pela doutrina, e didaticamente duas correntes classificam a diferença entre os institutos. A classificação se dar por polaridade e por natureza. Achando mais convincente a corrente que faz a diferenciação por natureza o excesso se dar quando ocorre qualquer acontecimento que no aspecto quantitativo extrapole o prazo estabelecido na sentença para cumprimento da pena vindo a prejudicar o sentenciado, e o desvio se dar quando do aspecto qualitativo algum infortúnio vier a impedir ou alterar a execução da pena de forma que se traduza em benefícios ao sentenciado causando até uma ofensa a individualização da pena.

Verificando a jurisprudência de nossos tribunais, conclui-se que a grande ocorrência de arguição de incidentes de excesso ou desvio na execução de penas no Brasil, acontece em relação a progressão de regime durante a execução da pena, caracterizando o excesso quando ocorre atraso de progressão de um regime mais gravoso para um regime mais brando, prejudicando diretamente o sentenciado ou o desvio quando se mantém o preso em regime mais benéfico, muitas das vezes alegando falta de vagas em estabelecimentos penais adequados, atingindo frontalmente o interesse geral da sociedade em punir o delinquente.

Diante da maneira silente como a lei se manifesta no tocante a parte processual, enxergamos a necessidade de um maior detalhamento da legislação sobre a parte processual dos incidentes do excesso ou desvio, pois na grande maioria dos julgados consultados apresentam uma grande discrepância entre os institutos utilizados pelos operadores do direito para suscitar tais incidentes, visto que a lei apenas se refere a um agravo nominado contra as decisões proferidas pelo juiz da execução, onde sabemos que os incidentes podem ser cometidos por qualquer órgão da execução que venha a cometer atos que ultrapassem os ditames da sentença penal. Pela falta de regulamentação por parte da lei mormente o

instituto do habeas corpus é o mais utilizado para suscitar o incidente de excesso ou desvio.

Concluimos que a maior incidência de excesso ou desvio na execução da pena ocorre com o desrespeito aos direitos individuais e sociais do sentenciado garantidos pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal. A legislação na maioria das vezes não passa do campo teórico e que na realidade as autoridades de longe cumprem com as obrigações previstas em lei. A situação do ambiente carcerário não permite na prática qualquer trabalho de ressocialização por não oferecerem as condições mínimas que garantam a dignidade humana.

O fato dos estabelecimentos penais não oferecerem condições para o trabalho para desenvolvimento de habilidades e preenchimento do tempo somados as superlotações dos presídios, caracterizando mais uma desobediência grave a lei que prevê além de trabalho para o preso lotação compatível desses estabelecimentos penais, prejudicando a individualização do tratamento adequado a ser aplicado ao reeducando.

O atual estado de abandono do sistema penitenciário brasileiro, fruto do descaso de sucessivos governos, fez com que chegássemos a triste realidade das superlotações nos presídios tendo como consequências graves as rebeliões lideradas pelo crime organizado, a entrada de drogas e armas nos estabelecimentos penais que refletem o terror e a morte iminente ferindo profundamente a dignidade da pessoa do preso e de seus familiares.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e Sociedade na América Latina**. In. MAIA, Clarissa Nunes et al. História das Prisões no Brasil. v. I. Rocco Digital, 2010 Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/ebooks/kobo>> Acesso em 10 mar. 2016.

ARAÚJO, Carlos Eduardo M. de. **Entre dois Cativeiros**: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro, 1790-1821. In. In. MAIA, Clarissa Nunes et al. História das Prisões no Brasil. v. I. Rocco Digital, 2010 Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/ebooks/kobo>> Acesso em 10 mar. 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v. 1. 11 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. LEIS. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - **Lei de Execução Penal**.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. **O Tronco na Enxovia**: Escravos e Livres nas Prisões Paulistas dos Oitocentos. In. MAIA, Clarissa Nunes et al. História das Prisões no Brasil. v. I. Rocco Digital, 2010 Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/ebooks/kobo>> Acesso em 10 mar. 2016.

FERRI, Enrico. **Princípios do Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 2. ed. São Paulo: Russel, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. 2. ed. São Paulo: Icone Editora, 2007.

MAIA, Clarissa Nunes et al. **História das Prisões no Brasil** . v. I. Rocco Digital, 2010. Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/ebooks/kobo>> .Acesso em 10 mar.2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEDER, Gizlene .**Sentimentos e ideias jurídicas no Brasil**: pena de morte e degredo em dois tempos. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. História das Prisões no Brasil. v. I. Rocco Digital, 2010. Disponível em:
<<http://www.livrariacultura.com.br/ebooks/kobo>> .Acesso em 10 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza e ZIMMARO, Rafael Barone. **Excesso e Desvio na Execução Penal**.2012. Disponível em:
<<http://www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/artigos.html>>. Acesso em 09 maio 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e Outros Escritos**. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de execução das penas privativas de liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F.Briguiet & C. Editores, 1990.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

EVANGELISTA, EDMILSON SOARES.

DOS INCIDENTES DE EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE / EDMILSON SOARES
EVANGELISTA. - 2016.

75 f.

Orientador(a): PAULO CESAR AGUIAR MARTINS VIDIGAL.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, SÃO LUIS, 2016.

1. DESVIO. 2. EXCESSO. 3. EXECUÇÃO. 4. INCIDENTES.
I. VIDIGAL, PAULO CESAR AGUIAR MARTINS. II. Título.