

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PORTUGAL E NO
BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Bernardo Gaube Messias

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20161185

Maio de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Milania e Jorge Alberto.

AGRADECIMENTOS

De início, gostaria de agradecer a Deus pelo dom da vida e pela possibilidade de realização do curso de mestrado na Universidade Autónoma de Lisboa, em Portugal.

Aos portugueses, pela cordial recepção durante as estadias.

Ao corpo docente, pelos ensinamentos e reflexões durante o Mestrado em Direito. Em especial, ao Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, pela orientação, palavras proferidas e livros escritos, ensinamentos que levarei para o resto da vida.

À minha família e amigos, pelo apoio incondicional.

A Claus Roxin, por sua genialidade e contribuição para a humanidade.

A todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para o êxito deste trabalho.

“Uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável”

Claus Roxin

Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: 2006, p. 18.

RESUMO

A presente investigação tem como finalidade analisar as penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil. Para melhor compreensão do tema, começamos a descrever as funções do Direito Penal, bem como as finalidades das penas. Na sequência, analisamos os fundamentos e os limites das penas em um Estado Democrático de Direito. Em seguida, os princípios constitucionais e infraconstitucionais regentes das penas, bem como a evolução da pena de prisão.

Progredimos para a análise do princípio da individualização da pena e a forma como é aplicado o referido princípio à luz do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, analisou-se as penas privativas de liberdade, nas suas questões principais, em Portugal e no Brasil, e concluímos com os Direitos Humanos em contrapartida à pena de prisão. Durante a investigação, demonstrou-se que a pena privativa de liberdade não pode servir de instrumento para a vingança particular, mas sim para realizar-se justiça, no contexto social, embora durante grande parte da história da humanidade isso não ocorreu e, provavelmente, não ocorra nos dias atuais, em especial no Brasil.

Palavras-chave: Pena; Prisão; Portugal; Brasil; Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present investigation aims to analyze the deprivation of liberty in Portugal and Brazil. For a better understanding of the topic, we began to describe the functions of Criminal Law, as well as the purposes of penalties. Then, we analyze the fundamentals and the limits of penalties in a Democratic State of Law. Then, the constitutional and infraconstitutional principles governing the sentences, as well as the evolution of the prison sentence.

We have progressed towards the analysis of the principle of individualization of the penalty and the way in which that principle is applied in the light of the Supreme Federal Court.

Then, the deprivation of liberty sentences were analyzed, in their main issues, in Portugal and Brazil, and we concluded with Human Rights as a counterpart to the prison sentence.

During the investigation, it was demonstrated that the deprivation of liberty cannot serve as an instrument for private revenge, but rather for the realization of justice, in the social context, although for much of human history this has not occurred and, probably, does not occur nowadays, especially in Brazil.

Keywords: Punishment; prision; Portugal; Brazil; human righths.

ÍNDICE

DEDICATÓRIA	2
AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	5
ABSTRACT	6
ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I.....	12
DA DIMENSÃO ÔNTICA E ONTOLÓGICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	12
1.1 Das funções do Direito Penal <i>versus</i> finalidades das penas.....	12
1.2 Fundamento, finalidade e limite das penas no Estado Democrático de Direito	23
1.2.1 Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais regentes das penas.....	33
1.3 Natureza das penas: privativas e não privativas da liberdade. A pena de prisão ...	42
1.3.1 Evolução da pena de prisão	42
1.4 Princípio da Individualização da pena	57
CAPÍTULO II – PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	61
2.1 As penas privativas de liberdade em Portugal	61
2.2 As penas privativas de liberdade no Brasil	85
2.3 Os Direitos Humanos frente à privação de liberdade	107
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Apud.	Citado por
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Cf.	Conferir
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEPMPL	Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPP	Código do Processo Penal
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CP	Código Penal
Coord.	Coordenação
Cap.	Capítulo
DL	Decreto-lei
Doc.	Documento
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
Ed.	Edição
HC	<i>Habeas Corpus</i>
<i>Ibidem</i>	Faz referência à mesma página do livro citado
<i>Idem</i>	Faz referência a página diferente do livro citado
MP	Ministério Público
N.	Número
<i>Op. cit</i>	Da obra citada
OPC	Órgão de Polícia Criminal
Pág.	Página
P.	Página
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
Proc.	Processo
STF	Supremo Tribunal Federal
STC	Supremo Tribunal Constitucional
Trad.	Tradução
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

A vida harmoniosa em sociedade implica um indispensável respeito pelas normas e regras sociais básicas de convivência. Quando estas não se mostram suficientes para que a vida em comunidade decorra de forma pacífica e haja valores essenciais lesados ou colocados em perigo de lesão, aprovam-se as normas e regras estabelecidas de maneira legítima pelos Poderes estabelecidos nas Constituições democráticas de cada Estado, como é o caso do Brasil. Em sociedades democráticas, a criação de normas é limitada aos fundamentos e fins constitucionais e expressos pelas Constituições de modo que tais limitações sejam respeitadas numa relação de conflitualidade com os direitos e liberdades fundamentais pessoais.

Observa-se que, em face da postura conservadora e antigarantista que predominou durante o século XX, tanto a doutrina penal quanto a jurisprudência no sentido de declararem a inconstitucionalidade de normas penais se mostraram tímidas em seus esforços ao confrontarem as garantias constitucionais frente ao direito penal. Assim, é necessário compreender a importância de um direito penal de garantia que supere a mera retórica e respeite de modo eficaz os princípios constitucionais e garanta a tutela dos bens jurídicos desde o processo legiferante até a última instância do poder judiciário.

Urge o entendimento de que é impossível construir-se um direito penal legítimo, de bases democráticas, sem a sua vinculação aos Direitos Humanos. Para isso cabe ao Estado o monopólio do poder punitivo uma vez que ele detém tanto o processo de criação das normas penais que irão estipular uma conduta que deva ser considerada típica, a sanção cabível àquele que pratica essa conduta e os limites atribuídos a aplicação dessa sanção; quanto é o responsável pela aplicação dessas normas, através do poder judiciário.

No que tange em específico às normas de natureza penal, destaca-se a possibilidade do Estado, através do Poder Legislativo, de forma típica, criar normas penais, proibindo ou determinando comportamentos, sob o prenúncio de uma sanção. O Estado, por sua vez, através do Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que venha a descumprir o comando normativo.

A lei penal é a expressão social e jurídica da justiça penal, como norma de conduta para cada indivíduo e como regra de processo. O Estado realiza tal função mediante preceitos correlativos dessas sanções repressivas, que são o caráter específico do direito. E são sanções penais quando o Estado legalmente imprime a um fato humano o caráter de ilícito penal. Quando o Estado entende, em determinado momento histórico da vida de um povo e conforme os parâmetros de disciplina social que ele compreende, que para manter a ordem social e pública

não bastam sanções morais e jurídicas, acrescenta-se uma sanção penal para o mesmo ato, em razão deste encontrar-se abaixo do mínimo de postura social esperado dentro dessa sociedade, sem deixar de lado as sanções morais, econômicas e disciplinares. Dentre as sanções, destaca-se uma: a pena privativa de liberdade, que servirá de base a este estudo.

Para a melhor assimilação da investigação, elaborou-se o problema principal do presente trabalho: como foi a evolução das penas privativas de liberdade até os ordenamentos jurídicos português e brasileiro atuais?

A partir disso, surgiram os problemas secundários, essenciais para a resposta satisfatória e compreensão da investigação, são eles: quais são os aspectos fundamentais relativos às penas privativas de liberdade? Qual o regime jurídico das penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil?

Apoiado nas questões formuladas, destaca-se o objetivo geral: analisar a evolução das penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil. Enquanto os objetivos específicos são: mencionar e descrever como foi a evolução da pena de prisão e qual a sua finalidade, bem como analisar os sistemas prisionais e definir como são as penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil.

Para alcançar os objetivos propostos, dividiu-se a dissertação em dois capítulos. No primeiro capítulo, serão descritas as funções do Direito Penal frente as finalidades das penas; o fundamento, finalidade e limite das penas no Estado Democrático de Direito; os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem as penas; a evolução da pena de prisão, bem como o princípio da individualização da pena.

No segundo capítulo, serão tratadas as penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil, além dos Direitos Humanos frente à privação de liberdade.

Em sede de investigação, o método de abordagem será o dedutivo. A escolha se dá porque, partindo da pesquisa da doutrina sobre as temáticas abordadas nessa pesquisa e dos documentos existentes sobre o Direito Penal e a finalidade das penas, no contexto do Estado Democrático de Direito, o estudo apresentará uma conexão descendente, ou seja, trabalhará com a generalização de fenômenos para se estreitar sob o viés da possibilidade de verificar os entrelaçamentos entre a legislação penal que trata das penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil, confrontando-as com os Direitos Humanos.¹

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade – **Fundamentos de metodologia científica**. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91.

Os métodos de procedimentos, por sua vez, serão o histórico e o comparativo. O primeiro consiste na investigação de acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, uma vez que estas instituições se modificam de acordo com o contexto sócio-cultural próprio a cada época. Já o segundo, consiste na verificação de similitudes e explicação de divergências, permitindo analisar o dado concreto através da experimentação indireta, tendo em vista que analisará as legislações de Portugal e do Brasil tanto no passado, quanto no presente.²

No âmbito da investigação para redação da dissertação a técnica a ser utilizada será a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica em obras literárias especializadas em Direito: monografias, teses, dissertações, artigos, acórdãos de Tribunais Superiores, leis e atos normativos de Portugal e Brasil.

A presente dissertação está redigida segundo o novo Acordo Ortográfico.

² *Idem*, pp. 106-107.

CAPÍTULO I

DA DIMENSÃO ÔNTICA E ONTOLÓGICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1.1 Das funções do Direito Penal *versus* finalidades das penas

Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. Entretanto, hodiernamente, afirma-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Durkheim ensina que o delito não ocorre apenas na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo homem. Desta forma, o crime³ não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante: a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade necessita. Sob outro enfoque, as relações humanas são contaminadas pela violência, precisando de normas que as regulem. E o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito jurídico, sendo a modalidade mais grave o ilícito penal, que lesa⁴ os bens mais importantes dos membros da sociedade⁵. Desta forma, é necessário proclamar antes de tudo, conforme Bettiol, a plena e absoluta autonomia do Direito Penal por razões lógicas, ontológicas e funcionais. Qualquer outra consideração peca por formalismo ou encontra justificações históricas apenas aparentes⁶. Além disso, é inegável a importância do direito penal: ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens no mínimo justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito⁷.

³ A dimensão material de crime significa a garantia efetiva de condutas negativas, ou seja, tipicidade, limitando-se o legislador na produção legislativa e criminalização de tais condutas, restringindo o intérprete e aplicador da norma à concepção e à legitimidade material da criminalização ou da previsão sancionatória administrativa, e assume-se como uma real proteção do agente do crime face ao *ius puniendi*. Esta dimensão constela o equilíbrio inerente ao Direito, sobretudo ao Direito Penal: tutela efetiva de bens jurídicos lesados ou colocados em risco de lesão pelo delinquentes e a proteção do delinquentes perante o Estado sancionador. Já a dimensão formal de crime consigna a subordinação da atuação dos atores de segurança à Constituição e à legalidade democrática. Onera aqueles a um agir segundo o Direito. A imposição de existência prévia de tutela constitucional do bem jurídico poliédrico segurança é *conditio sine qua non* para que o legislador opte por criminalizar uma conduta negativa lesiva da topologia segurança. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Segurança: bem jurídico supranacional. In: **JANUS.NET e-journal of International Relations**, Vol. 3, n.º 2, pp. 75-90, 2012(outono 2012). [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art4.pdf>, p. 86.

⁴ Nas palavras de Roxin: “Mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitativa de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade”. ROXIN, Claus – **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1972, p. 53.

⁵ DURKHEIM, Émile – **Las reglas del método sociológico**. Espanha: Morata, 1978, p. 83.

⁶ BETTIOL, Giuseppe – **Direito Penal**. Volume 1. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 3.

⁷ ROXIN, Claus – **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Grego. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

A função do Direito penal, sufragando a posição de Guedes Valente, é uma função de equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos dignos de tutela penal (proteção do cidadão contra quaisquer lesões ou perigo de lesão e a conseqüente proteção da comunidade política e jurídica) e a defesa do delinquente face ao arsenal estatal punitivo. Essa aceção jurídico-dogmática, doutrinada por uma política criminal humanista e de garantismo, assume e dá legitimidade ao Direito penal. A função do Direito penal construída não esquece a função de equidade inerente a todo o direito assente em uma tetralogia ferrajoliana pautada na legitimidade, na validade, na vigência e na efetividade. A função de equilíbrio imposta por um Direito penal humanista e de garantismo evita o extermínio dos pólos contraditórios e oximoros⁸, ou seja, demasiada proteção da sociedade por meio da super-tutela de bens jurídicos gera a inocuização do membro da comunidade que não agiu conforme o direito; e a ilimitada proteção do cidadão que lesionou ou colocou em perigo de lesão bens jurídicos individuais e difusos gera a desordem social e a niilificação de todos os direitos e liberdades. Impõe-se a assunção da concordância prática como princípio da afirmação do ser humano – pessoa detentora de direitos e deveres. Um dos oximoros é a proteção de bens jurídicos dignos da tutela penal, ou seja, só é admissível nessa concepção de Direito penal a proteção daqueles bens jurídicos que a ordem jurídica no seu todo considera como fundamentais ao desenvolvimento harmonioso na sociedade: os interesses ou valores vitais que a necessidade humana converte em bem jurídico-criminais⁹.

Na doutrina brasileira predomina o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais. O bem jurídico, entretanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior a norma penal e em si mesmo decidido, no contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações¹⁰.

⁸ O Direito Penal é ou deve ser o resultado de uma construção equilibrada e equitativa o qual assimila a concepção de pensar cultural, a concepção dogmática de pensar a pessoa e a concepção de pensar do sistema estatal e os elementos estruturantes do conceito de crime: tipicidade, ilicitude, antijuridicidade, culpabilidade, censurabilidade e punibilidade. O Direito Penal é, desta forma, uma unidade dogmática construtora de um equilíbrio dos oxímoros ou dos pontos opostos e de uma concepção fragmentária da intervenção jurídico-criminal de proteção efetiva de um bem jurídico digno e carente de tutela penal e, em consequência disso, de limite e defesa do delinquente face à máquina trituradora de direitos e liberdades fundamentais, ou seja, o Direito Penal é um direito de liberdade. A liberdade é a fonte legitimadora e limitadora do Direito Penal. Essa concepção não admite quaisquer construções estigmatizantes do direito, quer de Direito Penal do Cidadão, quer de Direito Penal do Inimigo, uma vez que uma concepção pressupõe a existência do outro e se autoestigmatiza. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso**. 2.^a ed. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 108-109.

⁹ *Idem*, pp. 103-105.

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich – **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 351-353.

O conceito de bem jurídico apenas aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato-punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que todo preceito penal existe um direito subjetivo, do Estado ou do particular, como objeto de proteção¹¹.

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um direito penal liberal, oferece um critério material, muito importante e seguro na construção dos tipos penais, pois, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”¹². O bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo direito e como ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, representa lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido¹³.

Se uma concepção em sua maioria liberal concede ao direito penal uma função protetora de bens e interesses, uma concepção social, em sentido amplo, pode adotar uma concepção de modo predominante imperialista e, entretanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, com o nacional-socialismo alemão. A primeira concepção destaca a importância do bem jurídico. A segunda funda-se na infração do dever, na desobediência, na rebeldia da vontade individual contra a vontade da coletividade. Caso um Estado Social pretenda ser também um Estado de Direito¹⁴ terá de outorgar proteção penal a ordem de valores

¹¹ *Idem*, p. 350.

¹² COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, R. S. – **Derecho Penal**. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 1991, p. 247.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

¹⁴ Cavaleiro de Ferreira leciona que Estado de Direito é um conceito formulado já no século XIX pela doutrina alemã, mas que corresponde a uma exigência da organização política e social a que não era alheia a antiga tradição. Em sua essência, designa a subordinação ao direito, à justiça, tanto dos indivíduos como do Estado. Mas pode distinguir-se uma sensível alteração na sua definição, correspondendo à passagem do Estado individualista liberal, que pode designar-se Estado Legal, para o Estado Social. O Estado Legal foi um produto do racionalismo idealista. O Direito, como a justiça que é seu objeto, eram matéria cognoscível pela boa razão. As tarefas do Estado eram limitadas e tinham em vista de modo fundamental assegurar a liberdade de todos e de cada um. Não era negada a natureza ontológica do direito, mas esta foi negada com o predomínio que alcançou no pensamento jurídico o positivismo em qualquer das suas modalidades. O Estado de Direito passou a ser o Estado Legal. Além do mais, as crises políticas, econômicas e sociais impuseram ao Estado um cada vez maior intervencionismo na vida social, para correção dos males resultantes de uma liberdade inútil quando separada do seu fim. O Estado tomou sobre si o encargo de garantir, ao lado da liberdade, a segurança e o bem-estar social. Essa modificação das tarefas do Estado impôs uma exacerbação legislativa. O Estado, quer através do poder legislativo, quer do poder executivo, passou a ser um legislador incansável. A multiplicação legislativa abastardou a legislação e dificultou o seu entendimento. A supremacia do Direito sobre o Estado só pode ser imposta pela jurisdição independente, doura e prudente. A lei já não é um limite para o Estado, porém um instrumento de governança. Apenas a jurisdição pode modelar a lei em função da justiça, o Direito Positivo em função do Direito Natural. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 58-59.

assegurados¹⁵ na Constituição, rechaçando os postulados funcionalistas protetores de um determinado *status quo*¹⁶.

O Direito Penal, conforme Welzel, tem a função ético-social e a função preventiva. A função ético-social é exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social¹⁷, que deve configurar-se com a proteção de bens jurídicos. Os bens jurídicos são bens vitais da sociedade e do indivíduo, os quais merecem proteção legal justo em razão de sua significação social. O direito penal objetiva, desta forma, assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos, bem como o reconhecimento e proteção desses valores, que em outros termos, caracterizam o conteúdo ético-social positivo das normas jurídico-penais¹⁸. A somatória dos bens jurídicos constitui a ordem social. O valor ético-social de um bem jurídico, entretanto, não é determinado de forma isolada ou de forma abstrata, ao contrário, sua configuração será avaliada em relação à totalidade do ordenamento social. É inegável que a função ético-social é a mais importante do direito penal e, baseando-se nela, surge a segunda função: preventiva¹⁹.

Na verdade, o direito penal protege, dentro de sua função ético-social, o comportamento humano daquela maioria capaz de manter uma mínima vinculação ético-social, que participa da construção positiva da vida em sociedade por meio da família, do trabalho e da escola. O direito penal funciona, em um primeiro plano, garantindo a segurança²⁰ e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade e num segundo plano reage diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico social com a imposição da pena

¹⁵ Existem barreiras intransponíveis e que o Estado, em toda a sua dimensão, não pode ceder com a ideia de que acima de tudo está a realização da justiça e a descoberta da verdade como forma de materializar a paz jurídica e social. A barreira intransponível dos direitos e liberdade fundamentais não pode cair sob pena de negar-se a legitimidade de punir do Estado. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, V. 1, n.º. 1, pp. 105-120, 2015. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 107.

¹⁶ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, R. S. – **Derecho...**3.ª ed., p. 249.

¹⁷ Tendo em vista que na história da humanidade as sanções penais tiveram caráter privado (*vindicta*), percebe-se no pensamento de Welzel uma ampliação da proteção dos bens jurídicos à ordem social. Neste sentido, conforme Ferri: “A lei penal, portanto, tem origem nas evidentes necessidades da vida social e representa o poder soberano proeminente (*imperium*) que o Estado exerce como direito-dever imposto por essa necessidade”. FERRI, Enrico – **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 12.

¹⁸ WELZEL, Hans – **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, pp. 11-12.

¹⁹ BITERN COURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

²⁰ “A consagração constitucional da segurança como valor fundamental da democratização da sociedade e do crescimento democrático dos cidadãos acopla a plurifuncionalidade ao princípio da liberdade. Este princípio conglomerava no seu núcleo a segurança como necessidade e valor plurifuncional: o ser individual ganha supremacia ao ser colectivo, impondo-lhe o respeito do princípio liberdade como o mais elevado valor da justiça e como espaço de expressão da dignidade da pessoa humana e como porto de abrigo da segurança”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Segurança: bem jurídico supranacional. In: **JANUS.NET e-journal of International Relations**, Vol. 3, n.º. 2, pp. 75-90, 2012(outono 2012). [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art4.pdf>, p. 79.

correspondente. Orienta-se o direito penal segundo a escala de valores da vida em sociedade destacando aquelas ações²¹ que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, desta forma, os limites da liberdade do indivíduo na vida em sociedade. A violação desses limites, quando adequada aos princípios da tipicidade e culpabilidade, acarretará a responsabilidade penal do agente. Essa consequência jurídico-penal da infração ao ordenamento produz como resultado ulterior o efeito preventivo do direito penal, que caracteriza a sua segunda função²².

Por fim, para Welzel, o direito penal tem como objetivo a proteção dos valores ético-sociais da ordem social. Na verdade, a função principal do direito penal, sustentava o catedrático de Munique, é a função ético-social e a função preventiva surge como consequência lógica daquela. Tal orientação de Welzel foi combatida por grande parte da doutrina por priorizar a finalidade eticizante do direito penal, ignorando a função protetora de bens jurídicos fundamentais. Welzel afirmava que a orientação que sustentava abrangia a proteção de bens jurídicos, que apenas se concretizavam pela proteção de valores ético-sociais²³. Em momento mais recente, Hassemer reconheceu que a visão de Welzel era mais abrangente na medida em que visava a proteção de bens jurídicos através da proteção de valores de caráter ético-social²⁴.

A pena deve manter-se dentro dos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta mediante um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais. Hassemer aduz que através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio (o direito penal não é apenas uma parte do controle social). A juridicidade dessa resposta (o direito penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena²⁵.

A formalização do direito penal tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode, a não ser que se trate de um Estado totalitário, invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os

²¹ “Uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado”. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz – **Derecho Penal**. Trad. Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 265.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...** 15.ª ed., p. 38.

²³ HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco – **Introducción a la criminología**. Valencia: Titant lo Blanch, 1989, p. 100.

²⁴ *Idem*, pp. 101-102.

²⁵ HASSEMER, Winfried – **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 136.

limites em que o Estado deve atuar com seu poder punitivo deve ser uma realidade concreta²⁶. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da ressocialização, da proporcionalidade e da culpabilidade. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo, nas lições de Santiago Mir Puig, desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreende que uma razoável afirmação do direito penal em um estado social e democrático de direito exige respeito a tais referidas limitações²⁷.

Além disso, a finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de outras medidas preventivas extrajurídicas²⁸.

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, de forma obrigatória, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o direito penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de direito social e democrático²⁹.

Neste momento, impõe-se, nas lições de Bettiol, um questionamento sobre o que significa para o direito penal uma concepção democrática da realidade política hoje retornada em auge depois de tristes experiências e consagrada nos novos textos constitucionais, como por exemplo, na Constituição italiana ou na da Alemanha Ocidental. A respeito, para não acabar num perigoso e equívoco nominalismo, quer-se distinguir dois tipos de democracia: a penalística e a popular. Para Bettiol, no quadro de uma tradição ocidental, não há dúvida que de democracia se pode falar somente com relação a uma imposição e justificação personalística da mesma, isto é, quando a pessoa humana aparece sobre a cena política como

²⁶ No que tange à “prevenção e repressão de crimes de dimensão internacional – terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de armas, corrupção, branqueamento de capitais – os quais ameaçam a paz e a segurança supranacional devem estar subordinados a ordem jurídica material válida nacional, regional e supranacional. Os operadores estatais e supra estatais devem concretizar o princípio da extraterritorialidade através do princípio da universalidade do Direito penal e evitar que se gere a certeza da impunidade dos agentes de crimes negadores de um espaço de liberdade e de justiça por nihilificação da topologia segurança.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Segurança: bem jurídico supranacional. *In: JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 3, nº. 2, pp.75-90, 2012(outono 2012). [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art4.pdf>, p. 84-85.

²⁷ MIR PUIG, Santiago – **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: PPU, 1985, p. 58.

²⁸ ROXIN, Claus – **Estudos...**, p. 33.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 39.

portadora de uma sua esfera de autonomia e, entretanto, de sua responsabilidade, antes de cada intervenção ou de cada reconhecimento estadual. O indivíduo entendido como pessoa é o protagonista da política e da história e também do direito, que da política e da história é uma manifestação típica, se não a mais típica. Quando se fala de democracia popular, fatalmente deslocamos o acento da pessoa do grupo ao qual o indivíduo pertence, hipostaticando o grupo e a coletividade como um absoluto, vale dizer como o único e só valor que resume em si cada aspecto ou momento individual da realidade social. Uma outra vez se abre assim a porta a uma forma de autêntico totalitarismo³⁰.

Em uma concepção democrática do direito penal, o ponto de partida é dado pelo conceito de “pessoa”. Não se trata mais de uma concepção atomística-individualística do homem como no quadro do contratualismo francês, que empurra os homens a se associarem para sobreviver por meio da forma e o vínculo do famoso contrato social, mediante o qual cada um cede uma parcela de sua liberdade para criar as condições da coexistência, porque os homens coexistem entre si por lei de natureza e se articulam numa série de agrupamentos sociais que vão da família ao Estado por meio das comunidades intermédias. Independente de cada forma histórica de contratualismo, subsiste entre homem e homem um vínculo de natureza moral e de caráter jurídico, pelo que bem se pode dizer que o direito nasce institucionalmente no sentido que onde se manifesta uma constituição social se manifesta a regra do direito. O direito é princípio de coordenação das relações humanas e não há necessidade de coordenação onde falta uma sociedade para coordenar. *Ubi societas ibi ius*. Mas numa sociedade democrática aberta, ou seja, democrática, a posição da pessoa humana se encontra avantajada pela presença e pela ação de uma regra ético-jurídica que eleva a própria pessoa acima de cada outra realidade e de cada outra exigência, pelo que ela se torna o valor absoluto e determinante de cada escolha de maneira que não pode ser degradada a metade em vista de um fim para realizar. A pessoa humana goza de uma esfera de autonomia própria que não pode ser diminuída ou agredida sem comprometer as mesmas bases da convivência³¹.

O direito penal que se considera ser a última fonte numa exigência de justiça comunicativa ou retributiva da qual o Estado é garantido, tende a garantir ao indivíduo a inviolabilidade da sua esfera de autonomia de toda intervenção de terceiros e de toda intervenção arbitrária do próprio Estado. Derivam dessas premissas importantes conclusões: o reato não pode ser um fato apenas interno à psique do sujeito-agente, pois até que um sujeito

³⁰ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo – **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008, p. 76.

³¹ *Idem*, pp. 76-77.

fique sobre as suas posições, não viola a esfera de autonomia de um outro e não cria, entretanto, as condições ou premissas de uma ruptura nas relações intersubjetivas com violação de uma exigência de justiça que reclama a intervenção punitiva do Estado. O reato vindo a lesar uma esfera de autonomia de um sujeito, vem com isto mesmo a comprometer um particular interesse que, no âmbito da sua esfera de autonomia, estava na possibilidade de gozo do indivíduo. Essa consideração dá um conteúdo à esfera de autonomia individual por meio da indicação do bem jurídico que o reato agride e desconhece. A objetividade do reato está justo nesta indicação de um bem jurídico lesado. O reato não é puro ato de rebelião ou de desobediência, como afirmam os teóricos do totalitarismo penal (concepção subjetiva em essência), porém é ligado a uma realidade externa. Mas para garantir ainda mais a esfera de liberdade individual de toda arbitrária intervenção estadual, é preciso que a lesão do bem jurídico seja uma lesão típica, no sentido de que nem toda ação lesiva de um interesse alheio é reato, mas somente aquela que como tal é descrita pela lei penal. Uma democracia personalística não pode dispensar de conhecer valor determinante ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) que o liberalismo do século XVIII indicou como essencial a um Estado de Direito. E é por esta via que democracia personalística se torna sinônimo de um Estado de Direito, não entendido, porém, como forma jurídica que investe toda uma série de exigências as quais o Estado deve fazer frente para estar à altura de suas mais cambiantes finalidades sociais³².

Desta forma, trata-se de um Estado de Direito entendido de maneira substancial, que implica responsabilidade das atividades que incidem na substância das relações humanas de onde a pessoa humana goze das melhores condições para o seu progresso e para o seu aperfeiçoamento. Em outros termos, um Estado de Direito no quadro de uma democracia personalística não pode ser um Estado Agnóstico, mas um Estado Ético, não no sentido Hegeliano, em que ele é a essência mesma da moralidade que se atua na história, mas no sentido Cristão, pelo que o Estado atua na sua visão social os ditames de uma moral que preexiste ao Estado e que traça para todos as vias obrigatórias. O que se torna muito importante no setor das consequências jurídicas do reato. Na pena antes de tudo. Uma visão democrática da pena no quadro de uma concepção ético-heterônoma deve fazer eixo sobre o conceito de pena retributiva. Apenas se torna assim a expressão de uma suprema exigência: ao mal deve seguir o mal, vale dizer, castigo. O mal deve ser entendido em sentido físico e não em sentido moral, pois a pena não é ligada, conforme esclarece Bettiol, ao conceito e ao critério de vingança (*vindicta publica*): ela é expressão de um princípio de justiça. E um provimento de justiça não

³² *Idem*, pp. 77-78.

pode ser um mal. Atribuir à justiça fins particulares quer dizer encontrar a sua justificação fora da ideia da equiparação e, entretanto, desnaturar a mesma substância da sanção penal. A pena de retribuição não pode perseguir fins particulares como se estes fossem ligados de maneira obrigatória à sua natureza. A prevenção geral e a prevenção especial dos reatos foram atribuídas como fins a pena por aqueles que negam com efeito a sua verdadeira e única razão de ser: a retribuição. A retribuição não pode ser entendida em termos nominalísticos ou formais de modo exclusivo. Retribuir quer dizer castigar um homem. O castigo não pode ser entendido como pura reação de retribuição fora da consideração que ele incide sobre uma natureza ética como é a natureza do homem. O castigo deve ser individualizado e não pode ser aplicado por esquemáticas abstratas, mas sobre a base de indagações concretas que investem o conhecimento da síngula personalidade que deve sofrer o castigo³³.

A exigência da individualização da pena tornou-se um axioma, porém o é como consequência não como uma específica indicação de escopo (prevenção especial) designada à pena, mas como corolário da natureza retributiva da pena que deve operar, concreto, em uma personalidade humana bem definida. Isto significa que a pena deve ser em concreto um castigo humanizado ao grau máximo compatível com o critério de retribuição. Apenas por esta via pode ser obtida a emenda do réu ou sua recuperação especial. Efeitos estes que a pena de retribuição, enquanto justa e equânime, pode gerar independente de sua polarização para um escopo que, se não alcançado, tiraria à pena toda razão de ser. Desta forma, a pena nunca perderá a sua natureza de provimento determinado no tempo. Seu limite será respeitado de forma rigorosa em vista da salvaguarda da liberdade do indivíduo³⁴.

Por sua vez, a palavra pena provém do latim *poena* e do grego *poinê*, tendo como significado sanção ou punição, muitas vezes atrelado a um crime, delito ou contravenção. Já prisão (*prehensio*), representa tanto o local onde se cumpre uma pena de detenção, ou seja, cadeia, presídio, penitenciária. Também designa o ato de prender ou a situação de quem está encarcerado³⁵. O crime é fundamento da responsabilidade penal; a responsabilidade penal é, como a pena que constitui o seu conteúdo, a consequência jurídica do crime. Após a realização do delito surge, para o infrator, o dever de reparação que se consubstancia na sujeição à pena correspondente, além de surgir a pretensão punitiva do Estado³⁶.

³³ *Idem*, pp. 78-79.

³⁴ *Idem*, p. 79.

³⁵ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A flexibilização da Prisão: da reclusão à liberdade**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 23.

³⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Volume II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 5.

O homem não nasceu para ficar preso, sendo a liberdade fundamental ao ser humano³⁷. Assim, a liberdade³⁸ como direito natural do homem apenas admite restrições mencionadas na lei prévia, clara e escrita, bem como, há necessidade de se observar princípios da proporcionalidade *lato sensu e stricto sensu*³⁹.

A história da civilização demonstra que, no início da criação, o homem, por vezes, se tornou perigoso para seus semelhantes. Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos⁴⁰ que eram contrários aos interesses da coletividade. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco a sua existência⁴¹.

A primeira modalidade de pena, que se tem conhecimento, foi consequência da chamada vingança privada. O único fundamento da vingança era a pura e simples retribuição a alguém pelo injusto que havia praticado. Tal vingança poderia ser exercida não apenas por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido⁴².

Após, na edição do Código de Hamurabi e em virtude do momento que havia sido editada, a Lei de Talião, para Rogério Greco, foi um avanço. Isso porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, mesmo que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de justiça, embora fosse atrelado à vingança privada. Com o passar dos anos surge a figura do árbitro, um terceiro estranho à relação de conflito, que tinha por finalidade apontar com quem se encontrava a razão. Na

³⁷ “O que o homem mais aprecia de grandeza, glória, amor, acima do próprio pão para a boca, é a liberdade. Liberdade de exercer os seus membros locomotores e sua vontade prática. O resto é uma dissimulação mais ou menos hipócrita das suas algemas de prisioneiro”. RIBEIRO, Aquilino – **Cinco reis de gente**. Lisboa: Bertrand Editora, 1984, p. 95.

³⁸ A liberdade é o mais elevado valor de justiça, que deve ser almejado no quadro da persecução penal por meio de um processo garantista e humanista. Além disso, deve ser concretizado por meio de uma melhor formação acadêmica e científica dos operadores do direito (magistrados, promotores, policiais, defensores públicos, etc.) e uma formação assente na ideia de que a justiça criminal é aplicada por homens, sobre homens e como uma lei elaborada e aprovada por homens. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, V. 1, n.º. 1, pp. 105-120, 2015. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, pp. 118-119.

³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do Mandado de Detenção Europeu**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 312.

⁴⁰ Para Von Liszt “ação é pois o fato de repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado”. VON LISZT, Franz – **Tratado de Direito Penal alemão**. t.I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1889, p. 193.

⁴¹ GRECO, Rogério – **Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas**. 2.ª ed. Niterói: Impetus, 2015, pp. 83-84.

⁴² *Idem*, p. 84.

maioria das vezes, tal atribuição era confiada aos sacerdotes, em virtude de sua ligação direta com Deus, ou aos anciãos, ou seja, àquelas pessoas que, devido à sua experiência de vida, conheciam os costumes do grupo social em que estavam inseridas as partes. Mais tarde, o Estado começou a chamar para si a responsabilidade de não somente resolver esses conflitos, como também a de aplicar a pena correspondente ao mal praticado pelo agente. Era, desta forma, o exercício da jurisdição, ou seja, a possibilidade que tinha o Estado de dizer o direito aplicável ao caso concreto, bem como a de executar, ele próprio, as duas decisões⁴³. Até o período iluminista, as penas possuíam um caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros mutilados, seus corpos esticados até destroncarem-se e, por vezes, crucificados⁴⁴.

Até o século XVIII, tem-se o corpo como objeto central do espetáculo punitivo causado pela apresentação dos suplícios, extingue-se de maneira gradual as mutilações, esquartejamentos, marcações a ferro, amputações e exposição dos corpos em praças públicas. Tem-se um processo de supressão da repressão penal enquanto evento, uma vez que as execuções públicas começaram a ser consideradas como fogueiras do comportamento violento, ou seja, ao mesmo passo que se pune o ato violento – ao executar um delinquente, também estimula o comportamento violento da população que participa do “espetáculo”⁴⁵.

A partir da virada do século XVIII, em especial após a Revolução Francesa, a pena de privação de liberdade⁴⁶ começou a ocupar lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário, começava a ser discutido, vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o período iluminista⁴⁷ teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez que, com apoio na razão, o que outrora era praticado de forma inquestionável, agora necessitava de provas para ser realizado. Não apenas o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem levar a condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser

⁴³ *Idem*, p. 85.

⁴⁴ *Idem*, p. 86.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 13-14.

⁴⁶ “Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo se encontra aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. *Idem*, p. 16.

⁴⁷ Conforme Cavaleiro de Ferreira: “a característica da igualdade da pena foi também uma reivindicação do iluminismo. A pena deve ser igual para o que é igual. E como o sujeito da pena é o homem, em razão da culpa, a pena será necessariamente diversa em concreto, para ser justa, embora por aplicação dos mesmos critérios e princípios jurídicos.”. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições...**, Volume II, p. 48.

encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a pretensão do Estado, muitas vezes sem fundamento suficiente para a punição⁴⁸.

Através de um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado, como a sua dignidade e o direito de ser tratado com equidade perante as leis. Até mesmo no que dizia respeito à pena de morte, algumas formas de aplicação foram sendo alteradas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível para o condenado, como ocorreu com a criação da guilhotina⁴⁹, por Ignace Guillotin, utilizada pela primeira vez em 25 de abril de 1792. Além disso, as penas que eram sobremaneira desproporcionais aos fatos praticados, passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento, exigindo-se, ainda, que a lei, que importasse na proibição ou determinação de alguma conduta, além de clara e precisa, para que pudesse ser aplicada, deveria estar em vigor antes da sua prática. Era a aplicação do princípio da anterioridade da lei. Apesar de que o século XVIII tenha sido um marco fundamental para a substituição das penas corporais pela privação de liberdade, não podendo deixar de se mencionar, pois o registro histórico tem o valor de fazer com que as sociedades do futuro não cometam os mesmos erros do passado⁵⁰.

A evolução do sistema sancionatório contrapõe-se a um imobilismo generalizado que é constatável em outros ramos do direito penal substancial e, sobretudo no Código Penal, que continua vigente mesmo com as alterações sociais e políticas⁵¹. Nesse contexto de imobilismo, exige-se do direito penal certo equilíbrio – tutelar os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão pela conduta humana negativa e proteger o delinquente contra os excessos do *ius puniendi* – que está em perigo de desaparecer face às novas tendências penalistas em curso: a incrementação de um direito penal hipertrofiado em que o ser humano, que cometa crimes e que não se reinsira, passa a ser uma doença contagiosa da comunidade⁵².

1.2 Fundamento, finalidade e limite das penas no Estado Democrático de Direito

Em sentido estrito, o Direito Penal centra-se no binômio crime-pena. A evolução doutrinária e legislativa alargou o âmbito do Direito Penal de modo a incluir medidas sem a natureza de penas, as quais se denominam medidas de segurança. A pena deve corresponder à

⁴⁸ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.^a ed., p. 87.

⁴⁹ Consistia em fazer com que a morte ocorresse através de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiada e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ PALAZZO, Francesco – A evolução do sistema sancionatório em Itália. *In: Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 46

⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...**2.^a ed., p. 16.

culpabilidade do infrator, por sua vez a medida de segurança tem por pressuposto a sua periculosidade. A defesa da ordem jurídica exige o emprego de meios de tutela ou meios de proteção de diferente natureza, constituindo sempre meios de coação para a tutela do direito⁵³.

Conforme Jorge de Figueiredo Dias, as finalidades da aplicação de uma pena residem na tutela dos bens jurídicos e, na medida do possível, na reinserção do agente na comunidade. Sob outra perspectiva, a pena não pode ultrapassar, em nenhum caso, a medida da culpa. Em tais proposições está a fórmula básica de resolução das antinomias entre os fins das penas; pelo que também ela tem de fornecer a chave para resolução do problema da medida da pena. Tudo quanto se traduza em manipulações ou modificações desta fórmula básica no processo de medida da pena introduz no sistema uma contradição normativa, que põe em causa princípios inafastáveis da Constituição político-criminal⁵⁴.

Desse modo, tem-se discutido muito sobre as funções que devem ser atribuídas às penas. As teorias absolutas advogam a tese da retribuição, enquanto as teorias relativas apregoam a prevenção. Na reprovação, pela teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. Segundo Roxin, a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se menciona a teoria absoluta, pois para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória é conhecida desde a antiguidade e permanece na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em uma duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense⁵⁵.

A sociedade, em regra, contenta-se com esta finalidade, pois tende a se satisfazer com essa espécie de compensação feita pelo condenado, desde que a pena seja privativa de liberdade. Na hipótese de ser aplicada uma pena restritiva de direitos ou multa, a sensação por parte da sociedade é de impunidade, pois o homem ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator⁵⁶.

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição e debilitamento. Isso dá margem a uma revisão da, até então estabelecida, concepção de Estado, caracterizada pela vinculação existente entre o Estado e o soberano e

⁵³ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições...**, Volume II, p. 8.

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas editorial notícias, 1993, p. 227.

⁵⁵ ROXIN, Claus – **Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Civitas, 1997, pp. 81-82.

⁵⁶ GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 16.^a ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 481.

entre este e Deus. Nasce o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. O Estado é uma expressão soberana do povo e com isso aparece a divisão de poderes. Com esta concepção liberal de Estado, a pena já não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre o soberano e Deus, religião e Estado. A pena passa a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida⁵⁷.

O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela lei do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser mais considerado como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena⁵⁸.

Por tal esquema retribucionista, é atribuída à pena, de maneira exclusiva, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena⁵⁹. Desta forma, para Cavaleiro de Ferreira, a pena é uma reação jurídica ao crime e, portanto, repressão; A pena segue-se ao crime e a proporção dos termos deve ser fixada pela justiça. Ao mal do crime deve corresponder a pena. Entretanto, a pena não é um mal em si mesmo que deva seguir-se ao mal cometido e a ele se equiparar. A pena é repressão, pois originada no crime, se dirige não apenas para o futuro, mas para o passado⁶⁰.

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado, perante os cidadãos, deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas⁶¹.

Para Kant, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Assim, o soberano deveria castigar de forma impiedosa aquele que transgrediu a lei. Para ele a lei era como um “imperativo” categórico, isto é, como aquele mandamento que

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...** 15.^a ed., p. 100.

⁵⁸ *Idem*, p. 100.

⁵⁹ ROXIN, Claus – Sentido e limites da pena estatal. *In: Problemas fundamentais...*, p. 12.

⁶⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições...**, Volume II, p. 45.

⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich – **Tratado...**, p. 96.

representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária⁶².

A pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido, pois jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real. O homem não é uma coisa suscetível de instrumentalização. O homem não é, pois, algo que possa ser usado como simples meio, devendo ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo. Desta forma, a pena deve ser aplicada só porque houve infringência à lei. Seu objetivo é apenas realizar a Justiça porque quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra⁶³.

Desta forma, o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem considerações sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Assim, nega-se qualquer função preventiva da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal⁶⁴, isto é, da simples prática do delito. Para Carrara, o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade⁶⁵.

O delinquente⁶⁶ agrava a sociedade ao violar suas leis e ofende a todos os cidadãos ao diminuir neles o sentimento de segurança, de forma que, para evitar novas ofensas por parte do delinquente, a pena deve ser aplicada para poder reparar este dano com o restabelecimento da ordem, que se vê alterada pela desordem do delito⁶⁷.

Já para Welzel, a pena aparece presidida pelo postulado da retribuição justa, isto é, que cada um sofra o que os seus atos valem⁶⁸. Sem colocar de parte que toda a pena encerra em

⁶² KANT, Immanuel – **Fundamentación metafísica de las costumbres**. 7.ª ed. Madrid: Espasacalpe, 1983, p. 61.

⁶³ *Idem*, p. 167.

⁶⁴ “A obrigatoriedade/generalidade da lei penal nada tem a ver com erro de proibição direto: a lei penal é geral e obrigatória em qualquer ordenamento jurídico, e tais caracteres não impedem que a inevitável ignorância da lei penal, ou representação da invalidade da lei penal, ou interpretação falsa/errada da lei penal constituam modalidades de erro de proibição direito plenamente escusáveis”. SANTOS, Juarez Cirino dos – **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 244.

⁶⁵ CARRARA, Francesco – **Programa de Derecho Criminal**. Volume 1. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971, p. 615.

⁶⁶ A diferença entre o delinquente por convicção e o erro sobre a proibição está em que, no último caso o agente não conhece a natureza proibida do ato, enquanto no primeiro ele tem a consciência do caráter proibido do ato, mas em nome de uma convicção política, filosófica ou social, nega a natureza ilícita do comportamento que leva a cabo, optando por manter sua convicção em detrimento da proibição do ato. Desta forma, as convicções políticas, religiosas e sociais do agente aparecem então como uma legitimação pessoal para a prática de certos atos realizados como meio de atuação daquelas convicções. CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal**. Volume II. Coimbra: Almedina, 1971, p. 331.

⁶⁷ *Idem*, p. 616.

⁶⁸ WELZEL, Hans – **Derecho Penal Alemán...**, p. 326.

si mesma uma dimensão de retribuição numa dimensão proporcional à culpa, Valente salienta, no plano da cooperação jurídica europeia que “a restrição da liberdade da pessoa deve ser proporcional à gravidade da sua conduta e ao fim da sua entrega desde que não existam outros meios que garantam a pretensão da emissão do mandado – punir o infractor”⁶⁹. Mas este autor defende que a prevenção geral e especial positiva e negativa são os escopos das penas. Sob essa perspectiva, Eduardo Correia leciona que a função da graduação concreta da pena é, além do mais, estabelecer uma justa proporção entre o mal do crime e o mal da pena. O mal da pena tem, entretanto, que se referir a quem o sofre. É manifesto que o castigo e o sofrimento que a pena gera varia consoante quem dela é passivo, verifica-se, por exemplo, nas penas pecuniárias: a multa aplicada a um milionário poderá ser irrisória frente ao seu patrimônio, enquanto esta mesma multa pode representar a ruína para um pobre artífice⁷⁰.

Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica da teoria absoluta, apenas porque delinuiu; na teoria relativa a pena se impõe para que o autor não volte a delinquir. Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. Entretanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia em realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos⁷¹.

A teoria relativa pode ser analisada sob dois enfoques: a prevenção geral e a prevenção especial. A prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Tais ideias desenvolveram-se no período do Iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal. Tais ideias tiveram como consequência levar o Estado a fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo, isto é, de Direito Natural ou de estrito laicismo: livre-arbítrio ou medo. Em ambos, substitui-se o poder físico, poder sobre o corpo, poder sobre a alma, sobre a psique. O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo o momento pode comparar, de forma calculada, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce uma coerção psicológica ante os motivos contrários ao ditame do Direito⁷².

⁶⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do Mandado...**, p. 334.

⁷⁰ CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal...**, p. 332.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...** 15.^a ed., p. 106.

⁷² BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. – Pena y Estado. *In: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 65.

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. Ante esta postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração é impossível. Por outro lado, essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. A teoria ora em exame não demonstrou os efeitos preventivos gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, por exemplo, os delinquentes habituais ou os impulsivos ocasionais⁷³. Para Roxin, “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”⁷⁴. Importante censura à prevenção geral surge da sua exigência para legisladores⁷⁵ e magistrados de estabelecer e aplicar, de modo respectivo, penas muito elevadas que chegam, inclusive, a superar a medida da culpabilidade do autor do delito⁷⁶.

As teorias preventivas, como as retributivas, não conseguem sair de um entrave: sua impossibilidade de demonstrar quais são os comportamentos diante dos quais o Estado tem legitimidade para intimidar e, desta forma, não definem também o âmbito do punível. Ao mencionar a prevenção geral, não podemos deixar de mencionar os problemas normativos e empíricos que suas diretrizes enfrentam. Muitas das objeções que se fazem à prevenção geral decorrem da deficiente solução dada a tais problemas. Dentre esses problemas empíricos, destacam-se três: I) conhecimento da norma jurídica por seu destinatário, assim os destinatários do Direito Penal devem conhecer os fatores que vão desencadear um efeito preventivo geral. Se não se demonstrar ao afetado os dois fatores (cominação penal e execução da pena), não poderão influenciar na formulação do processo motivador. Se os cidadãos se comportam conforme o Direito, sem ter conhecimento da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, este resultado agradável não se deve a nenhum destes fatores⁷⁷; II) a motivação do destinatário das normas: desta forma, os destinatários da norma penal devem sentir-se

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.ª ed., p. 108.

⁷⁴ ROXIN, Claus – **Sentido e limites...**, p. 18.

⁷⁵ No afã legislativo para demonstrar a atuação do Estado ao punir as condutas delinquentes, Manuel Valente leciona que: “Vivemos, hoje, a hipertrofia legislativa do direito penal que tudo quer tutelar e nada tutela. Esta hipertrofia gera o fenómeno da popularização e vulgarização do direito penal, acompanhado pelos fenómenos da securitização e do justicialismo”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...**2.ª ed., p. 17.

⁷⁶ SAUER, Guillermo – **Derecho Penal**. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 19.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried – **Fundamentos...**, pp. 382-384.

motivados em seus comportamentos, sob pena de seu conhecimento ser estéril. Com efeito, o conhecimento da norma deve incidir sobre o comportamento humano, para poder ser uma solução do problema jurídico-penal⁷⁸; e, por fim, III) a idoneidade dos meios preventivos: a prevenção geral não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, e também não pode estabelecer os limites necessários para as consequências que tal atividade traz consigo⁷⁹.

Pela prevenção geral negativa, também denominada de prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração tende a refletir na sociedade, evitando-se, desta forma, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal⁸⁰. Conforme Hassemer, com a prevenção por intimidação existe a esperança de que os demais cidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio anunciada antes, a comportarem-se em conformidade com o Direito. Desta forma, há esperança de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade⁸¹.

De forma diversa, existe a prevenção geral positiva, onde a pena presta-se não a prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delitos. Seu propósito vai além: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social⁸². Jorge de Figueiredo Dias aclara que dentro dos limites consentidos pela prevenção geral positiva (entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável de medida da tutela dos bens jurídicos) podem e devem atuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que irão determinar, em último termo, a medida da pena. Esta deve, na extensão possível, impedir a quebra da inserção social do agente e servir à sua reintegração na comunidade, apenas deste modo e por esta via alcança-se uma eficácia ótima de proteção dos bens jurídicos⁸³.

O segundo enfoque de análise da teoria relativa (preventiva) é dirigida de maneira única ao delinquirente em particular, objetivando que não volte a delinquir, sendo assim denominada de teoria da prevenção especial. Aqui, o interesse jurídico-penal já não será o de

⁷⁸ *Idem*, p. 384.

⁷⁹ ROXIN, Claus – Sentido e limites..., p. 25.

⁸⁰ GRECO, Rogério – *Curso...* 16.^a ed., p. 482.

⁸¹ HASSEMER, Winfried – **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

⁸² GRECO, Rogério – *Curso...* 16.^a ed., p. 482.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, pp. 230-231.

restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal), que põe em risco a nova ordem, conforme Bitencourt. Essa defesa social referia-se a alguns dos setores sociais: o econômico e o laboral. Trata-se da passagem de um Estado guardião a um Estado intervencionista, suscitada por uma série de conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas⁸⁴.

Da mesma maneira que acontece com a prevenção geral, também a prevenção especial é objeto de grandes objeções doutrinárias. Entretanto, alguns méritos lhe são reconhecidos. Sob o ponto de vista político-criminal, a prevenção especial justifica-se uma vez que também é uma forma de prevenção evitar que quem delinuiu volte a fazê-lo, nisto consiste a função preventivo-especial e, de certa forma, a do Direito Penal em seu conjunto. Ao mesmo tempo que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinquente⁸⁵.

Por seu turno, pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a segregação ao cárcere⁸⁶. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando se fala em neutralização do agente, deve ser frisado que isso só ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade⁸⁷.

Já pela prevenção especial positiva, ensina Roxin que a missão da pena consiste apenas em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos⁸⁸, denotando um caráter

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 111.

⁸⁵ *Idem*, p. 112.

⁸⁶ No que se refere ao Direito Penitenciário, a simples admissibilidade de restrição de direitos dos presos seja por decisão administrativa ou política com fundamento em um procedimento disciplinar não apresenta garantia jurisdicional, enquanto no direito penal material, pode-se alertar para o perigo de violação do princípio da prescritividade da conduta negativa punida pela legislação penal legítima, válida, vigente e com efetividade, derrubando um primado da finalidade do restabelecimento da paz jurídica e social, negando ao ponto a força gravitacional de reposição da justiça-ordem e negando a concretização da prevenção na sua magnitude dos três elementos energéticos: vítima, indiciado e comunidade. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano**. Lisboa: UCE, 2013, p. 311.

⁸⁷ GRECO, Rogério – **Curso...**16.^a ed., p. 482.

⁸⁸ ROXIN, Claus – **Derecho Penal...**, p. 85.

ressocializador da pena⁸⁹, fazendo com que o agente pense sobre o crime, sopesando as suas consequências.

A partir de tais teorias, surge a teoria mista ou unificadora da pena com o objetivo de agrupar em um conceito único os fins da pena. Tal corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Nos dizeres de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena⁹⁰.

No que tange ao fundamento da pena⁹¹, sustenta-se que a sanção punitiva não deve fundamentar-se em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Assim, afasta-se um dos princípios básicos da prevenção geral: a intimidação da pena, inibindo o restante da comunidade de praticar delitos. Com o mesmo argumento, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, tendo como base aquilo que o delinquente pode vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente biológico ou social⁹².

De início tais teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena, reproduzindo as insuficiências das concepções monistas da pena. No Brasil, em razão da redação contida no *caput* do artigo 59⁹³ do Código Penal⁹⁴ brasileiro

⁸⁹ “Um Direito penal que assenta em um equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos e a defesa do delinquente face ao Direito de punir do Estado e colhe como fim das sanções jurídico-criminais a reintegração do delinquente – prevenção especial positiva – não pode continuar olhar para a terceira parte jurisdicional de intervenção penal como o ente pobre do sistema penal integral. A valência do Direito penitenciário como pressuposto essencial da e na reintegração do ser humano é, hoje, um desafio de todos os Estados de Direito e democrático material e social.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 147.

⁹⁰ MIR PUIG, Santiago – *Derecho...*, p. 46.

⁹¹ O fundamento atual da pena de prisão surge com o início da afirmação do Estado de direito formal em que o indivíduo, não sendo o centro da intervenção estatal, ganha dimensão dentro do espírito do estado de legalidade e no abandono do estado de natureza. Tal acepção ganha expressão positiva na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, na Declaração Universal dos Direitos dos Cidadãos de 1789 e na Constituição Francesa de 1893, cuja magnitude limitativa do poder estatal inspira-se na Magna Carta de 1215. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, pp. 154-155.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...*15.ª ed., p. 113.

⁹³ “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”. BRASIL – Presidência da República. DECRETO-LEI n. 2848. *Código Penal*. (07-12-1940). [Em linha]. [Consult. 20 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

⁹⁴ No Código Penal português: “art. 42.º. 1 - A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes. 2 - A execução da pena de prisão é regulada em legislação própria, na qual são fixados os deveres e os direitos dos reclusos”. PORTUGAL – DL n.º

conclui-se pela adoção da teoria mista ou unificadora da pena, pois a parte final do artigo supramencionado conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, em respectivo, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

Entretanto, o critério da prevenção geral e especial não é imune a críticas. Sob a ótica de um Direito Penal voltado para suas consequências, pode-se aduzir que os três aspectos informadores dizem respeito à proteção de bens jurídicos relevantes, prevenção por intimidação (prevenção geral) e ressocialização (prevenção especial). Independente das críticas que se faz à primeira das vertentes do Direito Penal voltada para as consequências, qual seja, a proteção de bens jurídicos, nesta oportunidade analisar-se-á apenas aquelas que se dirigem às duas formas de prevenção (geral e especial). Conforme já visto, por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele aplicada a fim de demonstrar à população que ainda não delinuiu que, se não forem observadas as normas editadas, esse também será seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade⁹⁵.

Com base nessa finalidade preventiva, considerando-se a forma como é operada, bem como os efeitos que se procuram produzir, as críticas com relação à prevenção por intimidação giram em torno dos seguintes pontos, nas lições de Hassemer: a intimidação vista como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além disso, os efeitos dela esperados são muito duvidosos, porque sua verificação real escora-se de maneira necessária em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe); e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem em decorrência da cominação e aplicação de penas, pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo⁹⁶.

Além disso, há críticas dos juristas ao critério de prevenção especial positiva ou ressocialização. A finalidade, segundo tal concepção, é a de recuperar o condenado, fazendo sua reinserção na sociedade. Em um sistema prisional falido indaga-se como reinserir o condenado na sociedade da qual ele fora retirado pelo Estado, bem como se a pena cumpre de

48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

⁹⁵ GRECO, Rogério – **Curso...** 16.^a ed., p. 483.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried – **Três temas...**, pp. 34-35.

modo efetivo o efeito ressocializante. Conforme Raúl Cervini, a prisão como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais e, há pouco, o propósito teórico de reabilitá-la. Na atualidade, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais, os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição que de maneira integral inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Além disso, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama⁹⁷.

Na verdade, mesmo que passível de críticas, os critérios preventivos ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, sobretudo no que diz respeito à prevenção especial ou à ressocialização do condenado. Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado⁹⁸. Manuel Valente leciona que a prevenção especial deve atuar sobre o facto passado – aquele que dá origem a intervenção penal - , mas deve orientar-se para o futuro de não delinquência almejado pelo Direito penal para o agente do crime, relegando a discussão acerca da personalidade do agente à execução da sanção penal⁹⁹.

1.2.1 Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais regentes das penas

Os princípios reguladores do controle punitivo estatal são garantias do cidadão. As premissas de igualdade e liberdade deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Vários princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos, além de receberem assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Tais princípios, hoje inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma explícita ou implícita, têm a função de orientar o

⁹⁷ CERVINI, Raúl – **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46.

⁹⁸ GRECO, Rogério – **Curso...** 16.^a ed., p. 485.

⁹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...** 2.^a ed., p. 27.

legislador para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista¹⁰⁰.

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe de forma obrigatória a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal¹⁰¹ e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo¹⁰². Ao relegar outras formas de controle da sociedade – jurídicas e não jurídicas – ao segundo plano e conferir ao direito penal um caráter de protagonismo para toda e qualquer forma de intervenção nas condutas humanas, perde-se o caráter de *ultima et extrema ratio* inerente ao direito penal, vulgarizando-o e subtraindo sua força necessária para proteger bens jurídicos por meio da intimidação, Manuel Valente assevera que ao preferir o direito penal como forma de solução a todo e qualquer problema da sociedade, percebe-se uma nova ótica sobre o cidadão-delinquente ao atribuir-lhe a condição de inimigo ou não-pessoa, pois este cidadão sabendo da existência de condutas inadmissíveis e inaceitáveis na ordem jurídica, ainda assim as executa fora do ordenamento jurídico estabelecido e aceito pela comunidade e, portanto, viola o contrato social, passa a não poder e nem dever ser tratado como cidadão, mas tão somente como inimigo da comunidade, vislumbra-se, então, um retrocesso do direito penal que passa da dimensão da conduta humana para a dimensão do que é ser humano¹⁰³.

O princípio da legalidade ou reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um processo longo, com recuos e avanços, e em determinados Estados uma simples “fachada formal”¹⁰⁴. Tal princípio é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que apenas os regimes totalitários o têm negado¹⁰⁵. Paulo Bonavides aduz

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 40.

¹⁰¹ Toda a intervenção estatal no sistema integral penal deve estar adstrita aos princípios da necessidade e da indispensabilidade, sob pena de ser considerada tirânica. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, pp. 162-163.

¹⁰² MUÑOS CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García – **Derecho Penal**. Parte General. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 74.

¹⁰³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...**2.^a ed., pp. 18-19 e 26.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 75.

¹⁰⁵ MARTINEZ, Milton Cairolí – **Curso de Derecho Penal uruguayo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 99.

que o princípio da legalidade surgiu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram antes elaboradas nem reconhecidas¹⁰⁶.

Pode-se dizer que, pelo princípio da reserva legal, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve estabelecer com precisão e de forma cristalina a conduta proibida¹⁰⁷. Desta forma, a Constituição brasileira de 1988 respeita o princípio da legalidade¹⁰⁸, estabelecendo que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹⁰⁹.

Pelo princípio da legalidade, em termos de sanções criminais, é inadmissível a utilização de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido, Claus Roxin aduz que uma lei indeterminada ou imprecisa, e, portanto, pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, pois não implica uma auto limitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Além disso, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, desta forma, a esfera do legislativo¹¹⁰.

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo – **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 41.

¹⁰⁸ Nas lições de Manuel Cavaleiro de Ferreira a função do princípio da legalidade é uma função de garantia, pela limitação do poder de punir do Estado e para tutela dos direitos fundamentais do homem. Surgiu com mais clareza na reação do liberalismo ao Estado absoluto. Não era, no entanto, estranho ao antigo Direito português como expressão perene de uma exigência do direito. Aflora na Lei de 4 de Dezembro de 1706, no alvará régio de 28 de Julho de 1751 e constava dos assentos da Casa da Suplicação de 4 de Maio de 1754, 8 de agosto de 1758 e de 5 de Novembro de 1769. Foi incluído em todas as Constituições que em Portugal vigoraram. Na Carta Constitucional de 1826 encontra-se no art. 145.º, §§1.º, 2.º e 10.º, de onde transitou para a Constituição de 1911 e para a Constituição de 1933. Na Constituição de 1976, o art. 29.º n.º 1, é quase a repetição das disposições das Constituições anteriores e reza assim: “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível o acto ou omissão sem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”. O princípio almejava no início suprimir ou afastar o arbítrio judicial na incriminação e na aplicação das penas, reservando apenas para a lei a função de incriminar e cominar penas. Constituía, deste modo, limite da função do juiz subordinando-o de forma explícita as determinações legais. Foi incluído na Declaração dos Direitos do Homem dos Estados Unidos da América do Norte no século XVIII e, após, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições...**, Volume I, pp. 54-55.

¹⁰⁹ BRASIL – Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (5-10-1988). [Em linha]. [Consult. 20 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

¹¹⁰ ROXIN, Claus – **Derecho Penal...**, p. 169.

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, já que, em regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O assunto ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza em excesso conceitos que necessitam de complementação valorativa, isto é, não descrevem de modo efetivo a conduta proibida, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Não se desconhece, entretanto, que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de alguma forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na realidade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, além do que a *indeterminação* será inconstitucional¹¹¹.

Claus Roxin propõe vários critérios para encontrar esse equilíbrio. Conforme o Tribunal Constitucional Federal alemão, a exigência de determinação legal aumentaria junto com a quantidade de pena prevista para o tipo penal e a consagração pela jurisprudência de uma lei indeterminada atenderia o mandamento constitucional. Além disso, havia inconstitucionalidade quando o legislador, dispondo da possibilidade de uma redação legal mais precisa, não a adota. Embora seja um critério razoável, ignora que nem toda previsão legal menos feliz pode ser tachada de inconstitucional, além de incitar a indesejada ampliação da punibilidade, violando o princípio da *ultima ratio*. O princípio da ponderação, segundo o qual os conceitos necessitados de complementação valorativa serão admissíveis se os interesses de uma justa solução do caso concreto forem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica. Tal critério é objetável pois relativiza o princípio da legalidade. Os pontos de vista da justiça e da necessidade de pena devem ser considerados dentro dos limites da reserva legal, ou estar-se-ia renunciando o princípio da determinação em favor das concepções judiciais sobre a Justiça. Enfim, todos esses critérios sugeridos são insuficientes para disciplinar os limites da permissão do uso de conceitos necessitados de complementação mediante juízos valorativos, sem violar o princípio constitucional da legalidade¹¹². A correta solução deverá ser encontrada

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado*...15.^a ed., pp. 41- 42.

¹¹² ROXIN, Claus – *Derecho Penal*..., p. 172.

mediante os princípios de interpretação em Direito Penal, conforme Roxin. Segundo tais princípios, um preceito penal será preciso e determinado se e na medida em que do mesmo se possa deduzir um claro fim de proteção do legislador e que, com segurança, o teor literal siga marcando os limites de uma extensão arbitrária da interpretação. Entretanto, a respeito de tudo, os textos legais e até constitucionais continuam abusando do uso excessivo de expressões valorativas, dificultando, quando não violando, o próprio princípio da legalidade¹¹³.

Em suma, precisa-se ter presente que o princípio da reserva legal não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às suas consequências jurídicas, em especial à pena e à medida de segurança, caso contrário, o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderão atingi-lo¹¹⁴. A determinação do tipo de crime, como a escolha da pena, não são em si mesmas a aplicação da pena; esta, em sentido mais exato, abrangeria apenas a determinação da pena. No entanto, tanto a determinação do tipo de crime, como a escolha da pena, fazem parte do processo mais complexo da fixação da pena. São dela antecedentes necessários e exigem de igual modo uma direta apreciação judicial¹¹⁵.

O Princípio da humanidade, por sua vez, sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados ou atinjam a dignidade da pessoa humana, visto que a dignidade humana¹¹⁶, nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹¹⁷.

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição da tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de adotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade¹¹⁸. Nas lições de Eugênio Raúl Zaffaroni, esse princípio

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 43.

¹¹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições...**, Volume II, p. 95.

¹¹⁶ “O baluarte da dignidade da pessoa humana impõe aos Estados que tratem os seus membros – todos sem exceção – como cidadãos depositários de direitos, liberdades e garantias penais materiais e processuais”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...**2.^a ed., p. 61.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 47.

determina a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração, intervenção neurológica, esterilização), como também qualquer consequência jurídica e inapagável do delito¹¹⁹.

Todavia, não se pode olvidar que o direito penal não é necessariamente assistencial e visa em primeiro lugar a justiça distributiva, responsabilizando o condenado pela violação da ordem jurídica. Isso, nas palavras de Jescheck:

Não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão todas as relações humanas reguladas pelo direito penal devem ser presididas pelo princípio da humanidade¹²⁰.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garantiu aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, XLIX), proibindo a aplicação de pena de natureza cruel e degradante (artigo 5º, XLVII, “e”). Desta forma destaca Guillermo Yacobucci que “a própria dignidade do homem determina a existência do princípio pelo qual ninguém pode legalmente consentir que se lhe aflija um sério dano corporal”¹²¹. Ingo Wolfgang Sarlet ainda questiona:

Até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter um conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva à dignidade¹²².

Por fim, no que tange ao princípio da proporcionalidade, desde o iluminismo tenta-se eliminar intervenções desnecessárias por parte do Estado na vida dos cidadãos. Contudo, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com status constitucional, capaz de nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, inclusive nos dias atuais, a partir dos impulsos propiciados em especial pelas obras iluministas do século XVIII e, após, inclusive pela doutrina do direito administrativo¹²³. Com efeito, as ideias do iluminismo e do direito natural diminuíram o autoritarismo do Estado, garantindo ao indivíduo um novo

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **Manual de Derecho Penal**. 6.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 139.

¹²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich – **Tratado...**, p. 36.

¹²¹ YACOBUCCI, Guillermo – **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 215.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana...**, pp. 55-56.

¹²³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães – **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 40-41.

espaço na ordem social. Tal orientação, a qual libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica de maneira obrigatória a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou demasiada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs maior respeito à dignidade humana e em consequência a proibição do excesso. Em tal orientação filosófica incluem-se os princípios garantistas da proporcionalidade, da razoabilidade e o da lesividade¹²⁴.

O modelo político consagrado pelos estados democráticos de direito determina que o Estado, em seus três poderes (legislativo, judiciário e executivo), bem como nas funções essenciais à justiça, resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. De outra forma, toda a atividade estatal é sempre vinculada de forma axiomática pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas da constituição são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não apenas como critério interpretativo, mas como garantia limitadora/legitimadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Desta forma, vige um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos extraídos da Constituição Federal, vedando-se o arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo a qual se pretende; c) proporcionalidade “stricto sensu”: qualquer representante do Estado está obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais¹²⁵.

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam o referido princípio. Aliás, na atualidade a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, até mesmo do próprio poder legislativo na sua função típica de legislar. Resta evidente que não se trata de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e também não de buscar a finalidade da lei, que é função privativa do parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com frequência, o uso abusivo de leis *ad hocs*, revelando muitas vezes contradições,

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...* 15.^a ed., p. 55

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo – *Curso de Direito Constitucional*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 356-357.

ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade que contaminam esses diplomas legais com vício de inconstitucionalidade¹²⁶. A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do estado de direito¹²⁷.

Tais excessos precisam encontrar dentro do sistema político-jurídico alguma forma ou algum meio de, se não os combater, ao menos questioná-los. A única possibilidade no Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário. A função jurisdicional nesse controle pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal está justificada na Constituição pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência de outra medida de menor lesão particular¹²⁸. O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação custo benefício para o cidadão e para a própria ordem jurídica. Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir da mesma forma a mesma eficácia na busca nos objetivos pretendidos e pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir tais objetivos¹²⁹. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalta-se que adequação e necessidade não têm a mesma relevância no juízo de ponderação. Desta forma, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador¹³⁰.

Conforme Hassemer, em matéria penal, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...*15.^a ed., p. 56.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

¹²⁸ YACOBUCCI, Guillermo – *El sentido...*, p. 339.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...*15.^a ed., p. 56.

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira – *Direitos Fundamentais...*3.^a ed., p. 50.

pela cominação penal¹³¹. Desta forma, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e penal deve existir um equilíbrio, abstrato (legislador) e concreto (judicial), entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada¹³². Ainda nas lições de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa se não uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais¹³³.

Para a aplicação da pena adequada, a dogmática penal socorre-se também da culpabilidade, aqui não como fundamento da pena, mas como limite desta; nas excludentes de criminalidade ou causas justificadoras se fazem presentes os princípios não apenas da proporcionalidade como também da razoabilidade. Isso fica claro no enunciado do estado de necessidade (previsto no artigo 24 do Código Penal brasileiro), que exige o perigo para o direito próprio ou alheio cujo sacrifício não era razoável exigir. Em outras palavras, exige-se a proporcionalidade entre a gravidade do perigo e a lesão que se pode produzir para salvar o bem pretendido. Por outro lado, só se admite a invocação da legítima defesa (prevista no artigo 25 do Código Penal brasileiro) se houver o emprego dos meios necessários, usados com moderação¹³⁴.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação¹³⁵ sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou colocado em perigo e o bem de que pode alguém ser privado. Sempre que, nessa relação, tiver um desequilíbrio, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, todavia, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder

¹³¹ HASSEMER, Winfred – **Fundamentos...**, p. 279.

¹³² PRADO, Luiz Régis – **Curso de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral. Volume 1. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

¹³³ HASSEMER, Winfred – **Fundamentos...**, p. 279

¹³⁴ PRADO, Luiz Régis – **Curso...**3.^a ed., p. 123.

¹³⁵ Diante da complexidade do mundo globalizado, bem como da ascensão da criminalidade especializada e muito violenta, percebe-se que admitir um modelo de investigação criminal sem a existência de um crime é negar o substrato, a dimensão penal material e processual da investigação criminal. É negar o primado da ação penal constitucional. É negar a Constituição democrática. O discurso de admissibilidade de presunção de futuros delinquentes é voltar a militarizar a justiça e a segurança pública com o fundamento da prevenção e repressão do crime se converter em “guerra” contra a criminalidade organizada, como se não existisse o Estado de direito material social democrático. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, V. 1, n.º. 1, pp. 105-120, 2015. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p.117.

legislativo, que deve estabelecer penas proporcionadas em abstrato a gravidade do delito, e o juiz¹³⁶.

Por fim, entende-se, nas lições de Lênio Streck, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esse duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à a materialidade da constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade do legislador¹³⁷.

1.3 Natureza das penas: privativas e não privativas da liberdade. A pena de prisão

1.3.1 Evolução da pena de prisão

A análise histórica da pena de prisão é uma ferramenta indispensável para compreender a política criminal dos dias de hoje e o enfoque das formas de flexibilização da execução daquela pena. Além disso, na história percebe-se que as origens da pena de prisão são bastante recentes¹³⁸.

Conforme mencionado, no que se refere a finalidade das penas, a partir do século XVIII, as penas corporais foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade que até aquele momento, salvo poucas exceções, era tida tão somente como uma medida cautelar, ou seja, sua finalidade principal era fazer com que o condenado aguardasse, preso, a aplicação de sua pena corporal. A prisão do acusado naquela época era uma necessidade processual, uma vez que tinha que ser apresentado aos juízes que o sentenciariam e, se fosse condenado, determinariam a aplicação de uma pena corporal, de natureza afliativa, ou mesmo a pena de morte. Sua prisão era destinada, sobretudo, para evitar que fugisse, inviabilizando a pena corporal que lhe seria aplicada, em futura condenação, ou até mesmo para que fosse

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva – **Crimes Hediondos**. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

¹³⁷ STRECK, Lênio Luiz – A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Revista da Ajuris**. Ano XXXII. n. 97. Mar. 2005, p. 180.

¹³⁸ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A flexibilização...**, p. 24.

torturado, com a finalidade de obter a confissão¹³⁹ do fato que supõe-se que por ele havia sido praticado. Assim, o corpo do acusado tinha de se fazer presente, razão pela qual, em inúmeros casos, aguardava preso o seu julgamento. No entanto, após a execução de sua pena era libertado. Essa gradativa substituição fez com que as penas privativas de liberdade, nos dias de hoje, na maioria dos países tidos como civilizados, fossem ocupando o lugar das penas corporais¹⁴⁰.

As prisões como local de cumprimento efetivo de pena, eram, em regra, destinadas aos monges, que nelas ficavam recolhidos a fim de cumprir uma penitência, ligada a algum ato religioso. Surge, desta forma, o nome penitenciária, utilizada para designar, nos dias atuais, os lugares onde as pessoas cumprem pena¹⁴¹.

Os antecedentes históricos da pena de prisão podem ainda ser mencionados em três fases na história: Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna. A Antiguidade desconheceu a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões¹⁴².

Até fins do século XVIII a prisão serviu apenas à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se durante esse longo período histórico à pena de morte e penas corporais, com mutilações e açoites. Por isso, a prisão era uma espécie de antessala de suplícios, visto que a tortura era empregada de forma rotineira. A prisão sempre foi uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e uma antecipação da extinção física do indivíduo¹⁴³.

Durante a Antiguidade, a prisão, da mesma forma que acontecia em países como China e Egito, era um lugar de custódia provisória e tormento. Nesta época, o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, onde a tortura era constante. O objetivo era extrair do preso a confissão para levar a condenação. Em Roma, havia cárceres que se tornaram conhecidas pelo terror que infundiam nos condenados que ali eram custodiados de forma provisória, como foi o caso da prisão “Mamertina”, lugar sem luz, úmido, com animais peçonhentos, com pouca ou

¹³⁹ Eduardo Correia, sob uma perspectiva mais humanista, salienta que as consequências da confissão ou negação do fato de que alguém é acusado têm que ter conexão sempre com a possibilidade de serem referidas à personalidade do criminoso e com a natureza do próprio processo penal. Desta forma, a confissão corresponde algumas vezes a um arrependimento que mostra o caráter estranho do fato relacionado à personalidade. Pode, no entanto, uma confissão ser feita para obter algum benefício, ou encobrir um outro crime. A negação do crime corresponde a um direito do réu e, portanto, não pode – de maneira obrigatória – considerar-se elemento para agravar a pena. No processo penal não há, por parte do arguido, o dever de colaboração com a justiça, tampouco se poderá falar que houve má-fé processual. CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal...**, pp. 329-330.

¹⁴⁰ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.ª ed., p. 86.

¹⁴¹ *Idem*, p. 98.

¹⁴² GUZMAN, Luís Garrido – **Manual de Ciencia Penitenciaria**. Madrid: Edersa, 1983, p. 73.

¹⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.ª ed., pp. 505-506.

sem comida e com os pés amarrados em toras de madeira¹⁴⁴. Empregava-se, em especial, como forma de resguardar os processados durante a instrução do processo. Entretanto, se utilizou como meio coercitivo imposto por causa da desobediência e também a prisão por dívidas. Havia, com sentido de pena, o *ergastulum*, que era a reclusão dos escravos em um local destinado a esse fim, na casa de seu dono¹⁴⁵. Além disso, quando era necessário castigar um escravo, os juízes, por equidade, delegavam o mesmo ao *pater-familiae*, que podia determinar sua reclusão temporária ou perpétua no referido *ergastulum*¹⁴⁶.

A prisão por dívidas também era uma possibilidade. Assim, o devedor poderia ficar preso até que viesse a saldar ao credor a sua dívida. Entretanto, a prisão não era considerada como pena principal, visto que poderia ser revogada a qualquer momento com o pagamento e a consequente libertação¹⁴⁷. De tal maneira, nessa etapa histórica sequer haveria indícios do cárcere como lugar de cumprimento de pena, já que a grande maioria das prisões acabavam com a morte dos detentos¹⁴⁸. Contudo, pode-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade fazendo um retrospecto da história em suas diferentes etapas até o século XVIII, onde adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização daqueles considerados delinquentes através da pena. Porém, durante vários séculos a prisão serviu de depósito da pessoa física do réu que espera, na maioria das vezes, em condições sub-humanas a celebração de sua execução¹⁴⁹.

A Idade Média foi um período em que prevaleceu um cristianismo modificado em relação àquele que era praticado na igreja primitiva, isto é, a igreja do primeiro século, sobretudo por conta de rituais pagãos que foram trazidos pelo que convencionou chamar de “Catolicismo Apostólico Romano”. Da mesma maneira que na Antiguidade, a privação de liberdade do acusado era entendida como de natureza processual, e não como pena. Foi um período no qual se utilizaram os mais terríveis tormentos e em que não se cogitava cuidar do ser humano de forma digna, uma vez que a própria comunidade onde o acusado encontrava-se inserido demandava por um espetáculo de horrores. A multidão, muitas vezes, ficava assistindo ao sofrimento dos condenados e tais situações eram consideradas “distrações públicas”¹⁵⁰.

¹⁴⁴ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...** 2.^a ed., pp. 98-99.

¹⁴⁵ CUELLO CALON, Eugenio – **La moderna penología**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, p. 300.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 507.

¹⁴⁷ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...** 2.^a ed., p. 99.

¹⁴⁸ PEÑA MATEOS, Jaime – **Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta al siglo XVII: História de la prisión**. Madrid: Edisofer, 1997, p. 66.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 506.

¹⁵⁰ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.^a ed., p. 100.

Exceção à regra geral do cárcere de custódia são as denominadas prisões de estado e a prisão eclesiástica, utilizadas para prender determinadas pessoas, que gozavam de certas prerrogativas. A prisão de estado cumpre uma função importante na Idade Média, e também na primeira metade da Idade Moderna. Nela apenas eram recolhidos os inimigos¹⁵¹ do poder real ou senhorial dos detentores do poder. A prisão eclesiástica estava destinada aos sacerdotes e religiosos. Recolhiam-se os infratores em uma ala dos mosteiros para que por meio da oração lograssem uma correção. Tinham um regime alimentício e penitenciário com frequentes disciplinas e trabalhos manuais em suas celas desde o primeiro momento, elemento equiparável ao atual tratamento penitenciário de trabalhos e atividades¹⁵². Essa modalidade de prisão era utilizada com dois propósitos. O primeiro deles, como cárcere de custódia, onde os inimigos do poder ali aguardavam, da mesma maneira que os demais, a aplicação de uma pena corporal, fosse ela afluiva ou mesmo pena de morte; o segundo, e aqui é que se destacam pela sua importância, tais cárceres eram utilizados para que o condenado cumprisse uma pena de privação de liberdade que poderia ser temporal, ou seja, por um tempo determinado ou mesmo uma prisão de natureza perpétua, que podia no entanto, ser perdoada ao alvedrio dos detentores do poder¹⁵³.

Tais prisões eram utilizadas quando se tratava de nobres, na maioria dos casos, que ficavam afastados dos estabelecimentos penais comuns. Visto que não havia um lugar preparado para essa finalidade, utilizavam-se as torres dos castelos, como exemplo de local desse gênero pode-se mencionar a Bastilha parisiense¹⁵⁴.

A prisão eclesiástica, que tinha como finalidade conduzir ao arrependimento do preso, por meio da meditação e da oração, demonstrou ser muito mais suave do que a prisão secular que, em regra, era acompanhada de torturas e situada em locais insalubres. Embora, em um primeiro momento, a prisão eclesiástica parecesse uma forma mais tranquila de cumprimento de pena, no século XII surgiram os chamados cárceres subterrâneos, que ficaram marcados pela expressão *Vade in pace*, ou seja, “vá em paz”, uma vez que aqueles que neles entravam jamais saíam. No entanto, o cárcere eclesiástico constitui-se em um precedente muito

¹⁵¹ Acerca da teoria do inimigo na filosofia penal moderna, Manuel Valente destaca que: “A modernidade e a pós-modernidade, baseada em uma filosofia ética e política, consideram que um ser humano que não é capaz de se reger pelo direito deve ser expulso da sociedade. O agente do crime (delinquente) perde o estatuto jurídico-político de cidadão ou a condição de pessoa dotada de direitos, liberdades e garantias. O direito não deve preocupar-se e defender os interesses destes seres humanos por terem optado não respeitar a ordem jurídica do Estado legal ou Estado social. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo**...2.^a ed., p. 37.

¹⁵² PEÑA MATEOS, Jaime – **Antecedentes de la prisión**..., p. 68.

¹⁵³ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 101.

¹⁵⁴ PEÑA MATEOS, Jaime – **Antecedentes de la prisión**..., p. 68.

importante para o que seria o futuro das prisões, que passaram a ter finalidade precípua de segregação da liberdade do ser humano como pena imposta pelo Estado devido à prática de determinada infração penal¹⁵⁵.

Hilde Kaufmann afirma que a pena privativa de liberdade foi produto do desenvolvimento de uma sociedade orientada à consecução da felicidade, que surgiu do pensamento calvinista cristão¹⁵⁶. O Direito Canônico contribuiu de forma decisiva para o surgimento da prisão moderna, em especial no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas¹⁵⁷.

O início do século XVI marcou aquilo que se denominou de Idade Moderna. A partir disso, novos problemas foram surgindo, exigindo respostas imediatas por parte do Estado. Nessa época, começou a ganhar força a aplicação das penas privativas de liberdade. Entretanto, foi o século em que foi aplicada umas das piores penas até então existentes, a denominada pena de galera, que consistia na utilização de condenados por crimes graves (que na maioria dos casos seriam condenados à morte) e prisioneiros de guerra para trabalhar nas galeras dos navios militares, remando sem parar, movidos por ameaças e agressões praticadas por aqueles que tinham por obrigação fazer com que os navios deslizassem pelo mar. Tal período marcou também o surgimento em diversas partes da Inglaterra das *houses of correction*, que podem ser consideradas as antecessoras das prisões modernas, que floresciam ao longo do século XVIII¹⁵⁸.

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, a criação e construções de prisões organizadas para a correção dos apenados. Os açoites e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até, de maneira aproximada, 1552, quando as condições socioeconômicas mudaram. Para fazer frente ao fenômeno sociocriminal, que preocupava as pequenas minorias e as cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando instituições de correção de grande valor histórico penitenciário¹⁵⁹.

¹⁵⁵ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 102.

¹⁵⁶ KAUFMANN, Hilde – **Principios para la reforma de la ejecución penal**. Buenos Aires: Depalma, 1977, pp. 18-19.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., pp. 509-510.

¹⁵⁸ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 102.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., p. 510.

Na Holanda, devido ao alto grau desenvolvido pelo capitalismo, surgiu no ano de 1596 um estabelecimento prisional masculino denominado *tuchthuis* composto em sua maioria por mendigos, pequenos ladrões e jovens infratores, em regra, condenados a um período curto de cumprimento de pena. O cumprimento da pena fundava-se no trabalho do preso, visando a transformar a força de trabalho daqueles condenados, considerados indesejáveis, em algo socialmente útil. Essa casa de trabalho holandesa passou a ser conhecida pelo termo *rasp-huis*, porque o trabalho que ali era desenvolvido consistia em raspar, com uma serra composta por várias lâminas, um determinado tipo de madeira que era importado da América do Sul, bastante duro, que deveria ser transformado em pó, para ser utilizado pelos tintureiros, que dele retiravam um pigmento usado para tingir fios. Um ano após, em 1597, foram criadas as chamadas *spinhis*, isto é, o modelo feminino para as *rasp-huis*, sendo que o trabalho principal das presas era o de tear. Tal período explorava de forma intensa a mão de obra do preso, sob o argumento de que com o trabalho penoso, o sujeito considerado delinquente poderia ser reformado¹⁶⁰.

Na mesma linha de desenvolvimento e orientações similares, surge no ano de 1697 como consequência da união de várias paróquias de Bristol (na Inglaterra) a primeira *workhouse*. Outra se estabelece em Worcester em 1707 e uma terceira no mesmo ano em Dublin. O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminaram por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão-de-obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura¹⁶¹.

As supramencionadas instituições, foram criadas em especial para pequenos delitos. Para os que cometiam crimes mais graves mantinha-se ainda a aplicação de outras penas, como o exílio. Para o controle do crime, sob o ponto de vista global, confiavam, ainda, os códigos penais, em especial nas penas pecuniárias, corporais e em penas capitais. Entretanto, não se pode negar que as casas de trabalho ou de correção, embora destinadas a uma pequena delinquência, já se assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna¹⁶².

Em meados do século XVII surge na Europa uma obra importante sob o ponto de vista penitenciário, que deixaria ideias positivistas, nesse campo, ainda que incipientes. Trata-se do famoso hospício de San Felipe Neri, fundado em 1667 em Florença pelo sacerdote Filippo

¹⁶⁰ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 103.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., p. 511.

Franci, que colocou em prática a ideia de Hipólito Francini. Tal instituição destinava-se de início à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenham sido admitidos jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito. A pessoa do interno era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz com que se cobriam a cabeça nos atos coletivos. Após, tais ideias seriam incorporadas pelo regime celular do século XIX. A obra de Filippo Franci é um importante antecedente do regime celular e nela se reflete seu profundo sentido religioso¹⁶³.

Com a chegada do século XVIII, sobretudo pelos ideais iluministas, até meados do século XIX, foram sendo desenvolvidos novos sistemas penitenciários, procurando-se preservar a dignidade da pessoa humana, evitando-se os castigos desnecessários, ou seja, os tratamentos degradantes a que eram submetidos todos aqueles que acabaram fazendo parte do sistema prisional¹⁶⁴.

No século XVIII, a ideia reformadora adquire maior vigor e surgem estabelecimentos que alcançaram alto renome. Cite-se o hospício de São Miguel, fundado em Roma, no ano de 1704, pelo Papa Clemente XI. Era uma casa de correção de delinquentes jovens, e asilo de órfãos e anciãos. Aqueles estavam submetidos a um verdadeiro regime penitenciário, encaminhado à sua reforma moral. Durante à noite estavam isolados em suas celas, durante o dia trabalhavam em comum sob a regra do silêncio. Os reclusos aprendiam um ofício e recebiam instruções elementares e religiosas. Para a manutenção da ordem, existia um regime disciplinar consistente em fornecer pão e água, trabalho na cela, calabouço e açoites¹⁶⁵.

O século XX, bem como o início do século XXI, foi marcado por tentativas de fazer com que o condenado, após o cumprimento de sua pena, pudesse voltar ao convívio em sociedade. A busca pela ressocialização fez com que fossem implementadas, em vários países, políticas prisionais destinadas à capacitação do egresso, permitindo-lhe, ao sair do sistema, buscar alguma ocupação lícita¹⁶⁶. Nos dias de hoje, percebe-se, ao menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos presos, embora ainda necessite melhorar muito as condições, em especial no Brasil.

O período que antecedeu o século XVIII foi marcado pela crueldade com que as leis penais eram aplicadas. Não apenas os suplícios, como também a forma degradante com que o condenado preferisse a morte a viver em tais condições. A partir da chegada do século XVIII,

¹⁶³ *Idem*, p. 512.

¹⁶⁴ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 104.

¹⁶⁵ CUELLO CALON, Eugenio – **La moderna penología**..., pp. 305-306.

¹⁶⁶ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 104.

com o movimento que recebeu a denominação de iluminista, pois vinha colocar luzes sobre as trevas até então existentes, a história das penas começou a mudar. O ser humano passou a ser visto de uma forma mais digna. Existia uma preocupação em sua preservação, com diminuição significativa das penas cruéis que apenas deixavam transparecer a fúria do Estado opressor e covarde, contra um de seus súditos, que não podia buscar socorro em nada e nem em ninguém¹⁶⁷.

O final do século XVIII foi marcado por uma mudança de mentalidade estatal no que dizia respeito à pena de privação de liberdade. De início, tinha um caráter provisório fazendo as vezes de local para que o acusado ou mesmo o condenado aguardasse sua execução, em regra, de uma pena corporal, que lhe infligia um castigo pelo mal que havia cometido, ou mesmo a morte. Assim, a prisão começava a ganhar novo *status*. Agora, de mera coadjuvante, passou a ocupar o lugar principal. Entretanto, seus problemas eram evidentes. A desumanidade ainda fazia parte do seu contexto. Lugares insalubres, sem ventilação adequada, úmidos, desprovidos do mínimo necessário para que uma pessoa pudesse habitá-los eram utilizados para que o condenado cumprisse sua pena de privação de liberdade. Era um ambiente fétido, promíscuo, que tinha apenas por finalidade fazer com que o condenado pagasse pelo seu erro e nada mais. Ambientes considerados verdadeiras masmorras foram combatidas pelos pensadores iluministas, destacando-se dentre eles Jeremy Bentham, renomado filósofo e jurista inglês, criador do utilitarismo do Direito¹⁶⁸.

O utilitarismo de Bentham tinha como ponto de partida a crítica que fazia ao direito natural, que pressupunha a existência de um contrato social imaginário que a todos vinculava. Na visão de Bentham, o cidadão deveria obedecer ao Estado, não pelo fato de que estaria a ele vinculado por um suposto contrato social, mas sim porque a obediência contribuiria para a felicidade geral, ao contrário da desobediência, que a todos prejudicava. A felicidade geral, entendida como o interesse da comunidade como um todo, era fruto de um cálculo de natureza hedonista, ou seja, o resultado da soma do bem comum e das dores dos indivíduos. De tal forma, substituiu a teoria do direito natural pela teoria da utilidade. Por um estudo empírico, dizia, é que se podia provar se um comportamento ou uma instituição poderia ser ou não ser considerada útil. De certa forma, opôs-se também aos revolucionários franceses, quando estes se fundamentavam no direito natural a fim de afirmar os direitos universais do homem. Conforme Bentham, o indivíduo só possuía direitos na medida em que conduzisse seus comportamentos

¹⁶⁷ *Idem*, pp. 117-118.

¹⁶⁸ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., pp. 118-119.

para o bem da sociedade como um todo. Desta forma, criticava a proclamação dos direitos expressos pelos revolucionários franceses, na medida em que os entendia como individualistas em demasia. O fundamental, para ele, era a reconciliação entre indivíduo e a sociedade, mesmo que fosse necessário o sacrifício de supostos direitos humanos¹⁶⁹.

Por ser um humanista, Bentham propunha a reforma do sistema prisional por um modelo que garantisse a dignidade da pessoa humana. Dedicou-se a encontrar esse modelo, o que ocorreu com a criação do chamado “panóptico”. O prefixo “pan”, de origem grega, tem significado de totalidade; “optico”, refere à visão. Desta forma, Bentham projeta, através da arquitetura, o chamado panóptico, ou seja, um edifício destinado ao cumprimento de penas privativas de liberdade, construído de modo que toda a sua parte interior pudesse ser vista de um único ponto¹⁷⁰.

Jacques-Alain Miller esclarece o panóptico de Bentham como um edifício circular. Na sua circunferência, em cada andar, as celas. No centro ficava a torre. Entre o centro e a circunferência, uma zona intermediária. Cada cela volta para o exterior uma janela feita de modo a deixar penetrar a luz e o ar, ao mesmo tempo que impedindo ver o exterior e para o interior uma porta, toda gradeada, de tal modo que o ar e a luz cheguem até o centro. Desde as lojas da torre central se pode, então, ver as celas. Em contraposição, anteparos proibem ver a lojas desde as celas. O cinturão de um muro cerca todo o edifício. Além disso, havia inúmeros guardas que vigiavam a entrada e saída do edifício¹⁷¹.

O modelo panóptico não serviria tão somente para o encarceramento de pessoas. Sua utilidade arquitetônica ia além disso. Podia servir, com algumas adaptações, para escolas asilo e hospitais. No que se refere à utilização do panóptico como prisão, do ponto central, ou seja, da parte interna da torre, podia-se visualizar todas as celas. Os dois princípios fundamentais da arquitetura do panóptico são a posição central da vigilância e a sua invisibilidade. Desta forma, cada andar poderia ser vigiado por apenas um funcionário que não era visto pelos custodiados¹⁷².

No final do século XVIII e durante o século XIX, surgiram os primeiros sistemas penitenciários norte-americanos que tinham por finalidade não somente a punição do

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 119-120.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 120.

¹⁷¹ MILLER, Jacques-Alan – **O Panóptico: A máquina panóptica de Jeremy Bentham**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 89.

¹⁷² GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.^a ed., p. 120.

condenado, retribuindo o mal que eles haviam praticado à sociedade com o cometimento da infração penal¹⁷³.

Além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam e nos Bridwells ingleses. Tais estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia¹⁷⁴.

Dentre os sistemas prisionais que se destacaram durante sua evolução, pode-se apontar: sistema pensilvânico, sistema auburniano, sistema progressivo inglês, sistema progressivo irlandês, sistema de Elmira, sistema de Montesinos e o sistema borstal. Passa-se analisar tais sistemas.

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, conhecido também como celular, o preso era recolhido à sua cela, ficando isolado dos demais, não podendo trabalhar, tampouco receber visitas, estimulando-se seu arrependimento pela leitura da Bíblia. Os únicos contatos que tinham com o meio externo consistiam em visitas empreendidas de modo constante por oficiais encarregados das prisões, ou por representantes da sociedade de ajuda aos presos. Uma das mais famosas organizações de sociedade comunitária foi a “Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons”, fundada no ano de 1787, cujo objetivo era levar aos condenados ao cárcere um tratamento mais digno. Além disso, visava a modificação de leis que infligiam penas de trabalhos forçados, açoites e até mesmo a pena de morte, sendo vitoriosa em grande parte de suas reivindicações¹⁷⁵.

Tal regime começou em 1790 em uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual estavam reclusos inúmeros criminosos. Após, esse regime mudou-se para a “Eastern Penitentiary”, que foi construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um grande progresso por sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior¹⁷⁶.

A arquitetura do prédio da “Eastern State Penitentiary”, no Estado da Pensilvânia, foi inspirada no panóptico de Jeremy Bentham. Tal sistema recebeu muitas críticas, uma vez que, além de muito severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento. Tal isolamento levava os condenados, com frequência, a surtos

¹⁷³ *Idem*, p. 121.

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., p. 91.

¹⁷⁵ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 122.

¹⁷⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro – **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 137.

psicóticos. Eram, na realidade, mortos-vivos, condenados a permanecer isolados em um determinado local¹⁷⁷ durante muito tempo.

O sistema filadélfico, nas suas ideias fundamentais, não se encontra desvinculado das experiências promovidas na Europa a partir do século XVI. Segue as linhas fundamentais que os estabelecimentos holandeses e ingleses adotaram. As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação do silêncio, oração e meditação. Tal sistema de vigilância reduzia de maneira drástica os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. Entretanto, não se tratava de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais¹⁷⁸.

A partir das críticas ao sistema de Filadélfia, surgiu outro sistema, denominado auburniano, em virtude de haver sido a penitenciária construída na cidade de Auburn, em Nova York em 1818. O autor do sistema penitenciário auburniano é o capitão E. Lynds, que era um homem insensível aos sofrimentos dos presos e tinha pouca ou nenhuma fé na possibilidade de reforma dos apenados a quem considerava selvagens, covardes e incorrigíveis¹⁷⁹.

Um pouco menos rigoroso do que o sistema anterior, permitia-se o trabalho dos presos, de início, dentro de suas celas e, após, em grupos. Havia o isolamento noturno, em celas individuais. Uma das características principais do sistema auburniano dizia respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido como “silent system”. As refeições eram comuns, ou seja, eram servidas em um refeitório, sob uma grande mesa, onde todos os presos se assentavam, formando filas. Para respeitar a regra do silêncio absoluto, os presos entravam naquele local com a cabeça baixa e permaneciam com capuzes que lhe dificultavam a visão. Os castigos corporais existiam e por vezes eram aplicados à coletividade, quando não se conseguia descobrir qual dos detentos havia infringido as normas carcerárias¹⁸⁰.

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos reclusos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que por vezes se vê hoje em dia nas prisões de segurança máxima, onde existe

¹⁷⁷ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 122.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., p. 147.

¹⁷⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉRES CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura – **Manual de derecho penitenciário**. Salamanca: Editorial Colex, 2001, p. 114.

¹⁸⁰ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 123.

uma disciplina mais rígida. Usavam o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos de água. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos¹⁸¹.

O modelo auburniano, semelhante ao filadélfico, pretende, de forma consciente ou não, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema¹⁸².

Foucault não aceita o modelo auburniano como instrumento propiciador da reforma ou a correção do delinquente, tal como consideram os mais otimistas; ao contrário, considera-o um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. Tal isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como indivíduo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociabilidade¹⁸³.

Um dos pilares do “silent system” foi o trabalho. Nesse sentido, pode-se afirmar que o trabalho no projeto auburniano foge tanto a sua original dimensão ideológica como pedagógica: de forma ideológica como única atividade capaz de satisfazer as necessidades do não proprietário, pedagogicamente como modelo educativo que permitirá ao proletário incorporar-se à força de trabalho. Entretanto, tal propósito não obteve tanto êxito. Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. Além disso, outro aspecto negativo do sistema auburniano foi o regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte, ao fato de que o “silent system” acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar¹⁸⁴. Criticou-se, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. Tais castigos refletem a exacerbação do desejo de impor um controle estrito, uma obediência irreflexiva. No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque acreditava-se que propiciaria a recuperação do delinquente¹⁸⁵.

Já o sistema progressivo surgiu a princípio na Inglaterra, sendo após adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, de modo

¹⁸¹ PIMENTEL, Manoel Pedro – **O crime...**, p. 138.

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 148.

¹⁸³ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir**. 23.^a ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 241.

¹⁸⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo – **Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario**. 2.^a ed. México: Siglos XVI-XIX, 1985, p. 149.

¹⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 149.

aproximado, em 1840, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados para Austrália, resolveu por modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, em Norfolk, Maconochie pensou em um sistema progressivo de cumprimento de penas, a ser realizado em três estágios. Para isso, criou o chamado "Mark System", que era uma forma de indeterminação da pena, na qual era medida em razão do trabalho, da boa conduta do condenado, bem como levando em consideração, a gravidade do delito praticado¹⁸⁶. Por tais fatores, o condenado recebia valores, que poderiam ser diminuídos em razão de alguma falta. Quando o condenado alcançava um determinado número de valores, obtinha o direito de progredir no seu regime de cumprimento de pena, que era realizado em três etapas. Na primeira, denominado período de provas, o preso era mantido isolado, semelhante ao que ocorria no sistema pensilvânico. A partir da segunda etapa, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, e também o isolamento noturno; e por fim, o terceiro período autorizava o livramento condicional¹⁸⁷. Tal livramento era concedido por tempo determinado e, caso o condenado não fizesse algo que revogasse seu benefício, obteria sua liberdade de forma definitiva.

O sistema progressivo irlandês de Walter Crofton concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar na prática os resultados das provocações anteriores, isto é, a esperada regeneração e aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional¹⁸⁸.

Uma das causas da crise do sistema progressivo deve-se à irrupção, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, o que propiciou a entrada de especialistas muito diferentes dos que o regime progressivo clássico necessitava. Essa mudança conduziu a uma transformação substancial dos sistemas penitenciários¹⁸⁹.

Enrico Ferri admitia que o sistema progressivo tinha algumas vantagens, já que era menos pior que os outros. Entretanto, Ferri advertia que era necessário levar em consideração

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Edmundo – **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

¹⁸⁷ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 124.

¹⁸⁸ LYRA, Roberto – **Comentários ao código penal**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 91.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., pp. 154-155.

que o sistema irlandês havia dado bons resultados, em especial no que se refere à diminuição das reincidências, pelo fato de que, na Irlanda, grande parte dos liberados condicionalmente emigrava para a América¹⁹⁰.

O sistema de Elmira surgiu a partir do reformatório denominado Elmira no Estado de Nova Iorque, no ano de 1869, e teve por base o sistema progressivo irlandês. Foi uma instituição destinada a uma categoria especial de delinquentes, sobretudo aqueles que tinham entre 16 e 30 anos de idade. A sentença que havia condenado fixava de antemão os tempos mínimos e máximo de duração da internação, sendo, portanto, considerada como indeterminada em parte. Foi criado, mediante uma avaliação do condenado, um sistema unitário de pena e medida de segurança. Os prisioneiros eram classificados conforme o sistema de Maconochie e Crofton, que tinha por finalidade regular como os sentenciados poderiam se aproximar do livramento condicional¹⁹¹.

Após o condenado passar por uma classificação inicial, era submetido a um sistema de marcas ou vales, concedidas em razão da evolução no trabalho, na boa conduta, instrução moral e religiosa. O aprendizado de um ofício era obrigatório e a disciplina era do tipo militar. Quando se alcançava a terceira fase, o apenado tinha direito ao livramento condicional e recebia um pecúlio, como forma de ajuda financeira para as primeiras necessidades¹⁹².

Ressalte-se que em Elmira a partir de 1876, foram adotados programas de atividades de lazer, sendo construído um ginásio de esportes onde os presos, todos os dias, se exercitavam. A partir de tal data, instaura-se um sistema para jovens baseado no exercício físico, na instrução, na progressão em graus e na sentença indeterminada até a reforma do interno¹⁹³.

O sistema de Elmira, mesmo com suas regras próprias de admissão, também não conseguiu se livrar do problema da superlotação. O reformatório que possuía por volta de 500 celas, no ano de 1892 contava com 1.296 reclusos e em 1899 tal número já era de 1.500, ficando impossibilitada a idealizada classificação dos prisioneiros, bem como não se conseguindo evitar a promiscuidade que reinava no reformatório. Os jovens, em função do sistema rigoroso a que eram submetidos, em forma de disciplina militar, que impunha severos e pesados castigos por descumprimentos das normas do reformatório, ficavam em constante estado de depressão. Em

¹⁹⁰ FERRI, Enrico – **Sociología Criminal**. Madrid: Reus, 1908, p. 316.

¹⁹¹ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 125.

¹⁹² OLIVEIRA, Edmundo – **O futuro alternativo das prisões**..., p. 54.

¹⁹³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta – **Derecho penitenciário**. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 72.

1915 iniciava o declínio do prestígio do reformatório de Elmira, junto com todos os demais regimes de reformatórios existentes no Estados Unidos¹⁹⁴.

Merece destaque também o sistema de Montesinos, que recebeu essa denominação por conta de seu mentor, Manuel Montesinos y Molina, que dirigiu o presídio de San Agostin, em Valência na Espanha, durante o período de 1835 a 1854. No ano de 1808, durante a Guerra da Independência, lutou nas Batalhas de Andújar, Bailén, Tudela e sítio de Zaragoza, onde foi imposta a primeira derrota aos exércitos de Napoleão, na Europa, tendo, no entanto, sido ferido. Após participar de outras batalhas, foi ferido outra vez, sendo prisioneiro em 1809 e após conduzido à França, onde ficou 5 anos preso. Em 1814 regressou à Espanha, tendo sido agraciado com algumas medalhas. Já em 1834 foi nomeado Comandante interino do Presídio de Valência, quando ainda ocupava o posto de tenente. No ano seguinte, com sua promoção ao posto de capitão, obteve a nomeação definitiva, passando a controlar e administrar o referido presídio. Após assumir tal posto, Montesinos verificou que as prisões espanholas, mesmo depois de algumas melhoras produzidas pelas reformas ocorridas a partir do final do século XVIII, ainda pecavam pela precariedade e pela forma cruel com que os presos eram tratados¹⁹⁵.

Montesinos foi um visionário e amante da causa carcerária. Acreditava na recuperação do homem. Tanto é verdade que na porta de seu presídio fez constar a seguinte frase: “Aqui entra o homem; o delito fica na porta”. Com tal frase, ele queria deixar claro que o delito praticado pelo homem que estava ingressando naquela penitenciária havia ficado para trás, ou seja, agora era um novo tempo, com novas esperanças de um futuro melhor, em que a dignidade do ser humano seria restaurada. Mesmo cumprindo a sua pena, mesmo pagando pelo erro cometido, o homem tinha que ter esperança no futuro, algo que o motivasse a ficar naquele lugar, separado dos demais membros da sociedade. Montesinos realizou inúmeras alterações destinadas à melhoria do sistema de cumprimento de pena, podendo destacar, dentre elas, a eliminação dos castigos corporais e infantes, a implementação do trabalho remunerado do preso, proibição do regime celular (o que impedia o preso de socializar-se com os demais, fazendo com que tivesse sérios problemas psicológicos, como decorrência do seu isolamento), a possibilidade da concessão de saídas temporárias dos presos, fato até então inusitado no sistema penitenciário e a introjeção no preso da corresponsabilidade pela segurança do estabelecimento prisional, tendo em vista que em seu interior não se usavam cadeados¹⁹⁶.

¹⁹⁴ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 126.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 127.

O sucesso do presídio de Montesinos era tão grande, sobretudo no que dizia respeito ao trabalho dos presos, que os fabricantes e artesãos da época começaram a reclamar contra a sua produtividade, que atrapalhava o seu comércio. Entretanto, não foi imune a críticas e reclamações daqueles que não entendiam a necessidade da ressocialização dos presos, que se sentiam ameaçados com a produção carcerária e, por conta disso, o governo cedeu a pressão e retirou o apoio à iniciativa de Montesinos, reduzindo de modo paulatino a produção carcerária. Desta forma, insatisfeito com a situação, Montesinos preferiu retirar-se no ano de 1854. A partir disso, houve um grande retrocesso no sistema prisional, tornando-se, outra vez, ineficiente para a reintegração do condenado à sociedade¹⁹⁷.

Por fim, o sistema borstal, criado na Inglaterra, em 1902, com a finalidade de abrigar jovens delinquentes entre 16 e 21 anos de idade. Pode ser considerado o pioneiro como modelo de regime penitenciário aberto. Nas lições de Edmundo Oliveira, isso começou em 1930 quando um grupo de jovens presos se deslocou para um acampamento na cidade de Nottinghamshire e lá construiu uma moradia para eles e para os que viessem depois. Os próprios presos concebiam a moradia como prisão¹⁹⁸.

Ali era a origem da casa penal aberta, ou também prisão albergue, onde a vigilância com relação ao preso é bastante reduzida, propiciando, desta forma, que sua reintegração à sociedade seja realizada de forma natural. A possibilidade de permanência no convívio em sociedade é um fator agregante, ou seja, impede que o condenado fique isolado de seus amigos e familiares, fazendo com que seu retorno gradativo à completa liberdade seja o menos traumático possível¹⁹⁹.

1.4 Princípio da Individualização da pena

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à ideia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinquente. Entretanto, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal Moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente.

¹⁹⁷ *Idem*, pp. 127-128.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Edmundo – **O futuro alternativo das prisões...**, p. 56.

¹⁹⁹ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.^a ed., p. 128.

Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juizes, exercido de forma arbitrária, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval²⁰⁰.

A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder de julgar” constituiu um dos maiores fundamentos do movimento liderado por Cesare Beccaria visando a reforma do Direito punitivo. E a relação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Assim, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema muito aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena bastante determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse novo sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta determinação não era menos inconveniente. Se a pena indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, da mesma forma a pena determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta²⁰¹.

Tal constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Por fim, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve estabelecer de maneira fundamentada a pena aplicável ao caso concreto²⁰².

Individualizar a pena significa dar um tratamento único conforme as peculiaridades do caso concreto e as particularidades do sujeito que praticou a infração penal. Desta forma, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio, abstrata (legislador) e concreta (juiz), entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Assim, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente²⁰³.

É pacífico no Brasil que o princípio da individualização deve ser observado em 3 (três) momentos. O primeiro na elaboração legislativa: é um comando ao legislador para que confeccione tipos penais que, no futuro, possam ser individualizados segundo as condições do

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 660.

²⁰¹ *Idem*, pp. 660-661.

²⁰² *Idem*, p. 661.

²⁰³ PRADO, Luiz Régis – **Curso...**3.^a ed., p. 120.

caso concreto. Modelo de inconstitucionalidade seria a fixação de uma pena padrão como, por exemplo, de 10 anos a todas as formas de execução de determinado delito. Além disso, nas lições de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, é ilegítimo criminalizar por razões apenas moralistas. O mesmo vale para condutas que relevam de particulares representações subculturais ou se afastam dos padrões normais de respeitabilidade, eudemonismo, felicidade ou perfeição²⁰⁴.

O segundo, na prolação da sentença condenatória: o cumprimento do sistema trifásico de dosimetria da pena, regulado pelos artigos 59 a 68 do Código Penal brasileiro, seria suficiente para a observância deste princípio. Desse modo, conclui-se que a aplicação de penas padronizadas viola o comando constitucional.

E o terceiro na execução da pena: o Código Penal e a Lei de Execução Penal estabelecem vários instrumentos para a individualização da pena, em especial esta última com a previsão de vários benefícios e sanções que podem ser concedidos ao indivíduo que esteja cumprindo sua pena.

A sólida presença prisional de criminosos terroristas e mafiosos, portanto altamente perigosos, provoca uma exigência de segurança que acaba por prevalecer sobre as ideias reeducativas. Num primeiro momento, esta exigência coloca-se ainda no plano da individualização da pena, mas, rapidamente, as necessidades práticas deslocam todo o esboço da execução penitenciária para um plano decididamente objetivo, fazendo das medidas alternativas um instrumento da mais ampla e geral estratégia punitiva contra a nova criminalidade²⁰⁵.

No que tange aos crimes hediondos, em fevereiro de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* número 82.959, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo regime de cumprimento da pena previsto na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que era integralmente fechado. Aliás, o referido julgamento acabou resultando na edição da Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Como o regime integralmente fechado foi julgado inconstitucional, a redação da Lei nº 8.072/90 foi alterada para que o condenado fosse preso em regime que de início era fechado. Ocorre que, após a alteração da lei, em junho de 2012, julgando o *Habeas Corpus*

²⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 407.

²⁰⁵ PALAZZO, Francesco – **A evolução...**, p. 56.

número 111.840, o STF também apontou ser inconstitucional o regime obrigatório inicial fechado, com base no princípio da individualização da pena. Isso porque é o julgador quem, seguindo os critérios descritos no Código Penal e, face às características do crime²⁰⁶ e do sujeito, deveria decidir qual o regime inicial no qual a pena deveria ser cumprida. Contudo, como o julgamento foi em *Habeas Corpus*, a decisão não teve efeito vinculante e, portanto, muitos juízes ainda continuaram a aplicar a Lei dos Crimes Hediondos. Em 2017, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.052.700, a tese foi reconhecida em sede de repercussão geral. Assim, o juiz não pode mais aplicar o regime inicial fechado com base apenas na lei, mas deve aplicar os critérios apontados pelo Código Penal, à luz do princípio da individualização da pena.

Já a lei de drogas (Lei 11.343/06) proíbe a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito no que tange ao tráfico de drogas. Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, julgando o *Habeas Corpus* número 97.256 apontou que tal proibição é inconstitucional. Com relação à eficácia *erga omnes* da referida decisão, esta foi suprida pela Resolução número 5/12 do Senado Federal, que, editada com base no art. 52, X, da Constituição Federal, suspendeu a executoriedade da Lei de Drogas no que tange a tal ponto.

Conclui-se, portanto, que à luz do princípio da individualização da pena, a lei não pode estabelecer normas ou proibições genéricas. Visto que, os direitos fundamentais são a base e patrimônio da humanidade cuja restrição não pode ser fundada e esgotar-se na ideia de eficácia e celeridade da cooperação judiciária em matéria penal, sem que sejam respeitados os princípios que regem aquela restrição, a saber, a constitucionalidade, legalidade, proporcionalidade *lato sensu* ou da proibição do excesso (adequação, necessidade, exigibilidade, proporcionalidade *stricto sensu* e subsidiariedade), da não aniquilação da extensão e do alcance essencial do direito e do respeito da dignidade da pessoa humana²⁰⁷.

²⁰⁶ Não é razoável que operadores do direito estudem o fenômeno do crime de forma simplista, pois o crime e a conduta criminosa não são de análise silogística simplificada, nem sequer de análise matemática. Da mesma forma, acrescenta-se que a legiferação, sanção jurídico-criminais e a respectiva execução, não podem ser tratadas de maneira silogística. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 150.

²⁰⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do Mandado...**, p. 349.

CAPÍTULO II – PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PORTUGAL E NO BRASIL

2.1 As penas privativas de liberdade em Portugal

Na história do mundo, e no contexto de Portugal, a prisão há muito pouco tempo foi instituída como modalidade de execução das penas aplicadas a pessoas condenadas por determinados crimes. Pensando nesse panorama histórico, por muito tempo a prisão servia apenas como um estabelecimento onde se mantinha o preso enquanto aguardava julgamento, porque as penas incluíam, como exemplo a de morte, a mutilação ou a tortura e o confisco²⁰⁸.

A prisão aparece como modalidade de cumprimento de pena apenas na segunda metade do século XVIII, em razão do desenvolvimento de ideias filosóficas e sociológicas de liberdade e de igualdade típicas do Iluminismo, que garantiriam direitos mínimos aos seres humanos. Contudo, em Portugal, essa tendência de aplicação da prisão enquanto pena começou a ser considerada no final daquele século, sendo que as alterações legislativas necessárias à institucionalização dessa medida ocorreram tão só no século XIX²⁰⁹.

Apesar disso, o contexto histórico-criminal de Portugal é mais brando em relação a outros países da Europa, mesmo no período anterior à percepção da prisão como pena e da impossibilidade de condenações que vinculassem morte e tortura. Salvo alguns períodos extremos, os julgadores portugueses buscavam evitar penas de morte enquanto faziam jus à prerrogativa dos reis portugueses de evitar vinganças privadas. Dessa forma, em muitas oportunidades, os sujeitos eram condenados ao pagamento de indenizações ou ressarcimentos, de modo que a própria prisão servia, também, para garantir a execução da pena pecuniária²¹⁰. Após, as Ordenações Afonsinas e, na sequência delas, as Manuelinas e as Filipinas constituíram um notável progresso face à anterior dispersão de legislação extravagante portuguesa. No plano europeu, representaram uma inovação em termos de compilação das matérias relativas ao direito e ao processo penais. A codificação da legislação penal portuguesa é a mais antiga da Europa, tendo as Ordenações Afonsinas precedido qualquer outra codificação europeia²¹¹.

Naquela época, o tratamento relacionado às penas era diferente daquele conferido ao processo penal, o que fez com que essas ordenações permanecessem em vigor até metade do século XIX, quando foi aprovado o primeiro Código Penal português, em 1852. Apesar de

²⁰⁸ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – *A Flexibilização...*, p. 24.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Idem*, p. 27.

²¹¹ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – *A Flexibilização...*, p. 27.

presentes, nas ordenações, a previsão de muitas penas consideradas desumanas, cruéis e/ou desproporcionais ao delito (apesar de poucas serem levadas a cabo, porque a prisão era convertida em pena para que depois se evitasse as penas de morte²¹²), buscava extinguir as práticas até então comuns de autotutela, conferindo ao Estado todo o poder sobre a lei e o processo penal²¹³.

Após a disseminação das ideias iluministas pela Europa e dos movimentos humanitaristas que tomaram forma em Portugal, uma série de decretos começaram a ocupar o espaço do processo penal português, como o reconhecimento do desuso da tortura e o perdão em relação a diversas penas de morte. Nesse viés, as Constituições de 1822 e 1826 alteraram de forma mais substancial o direito e processo penais, abolindo penas corporais e estabelecendo “os princípios de ninguém poder ser preso sem culpa formada [...], da inviolabilidade do domicílio e da igualdade de todos perante a lei”²¹⁴.

Nas décadas que se seguiram, Portugal já consolidou a pena de prisão como a pior possibilidade de sanção para a violação das leis penais, declarando que os presos estão sob proteção da lei e exigindo tratamento humanitário, para que a privação da liberdade não alcance outros direitos – como a dignidade da pessoa humana. Instituiu-se, também o principal objetivo da pena de prisão, que é a ressocialização, fazendo dessa espécie sancionatória aquela que se configuraria como padrão para a solução dos problemas de criminalidade no país²¹⁵.

Diante desse cenário, e trazendo como inspiração os Códigos Penais francês, espanhol e brasileiro, Portugal aprova o primeiro Código Penal em 1852, representando uma quebra definitiva com o direito anterior e, em especial, com a violação das prerrogativas fundamentais de todo cidadão (ainda que condenado por cometimento de crimes)²¹⁶. Assim,

²¹² Ainda, importante lembrar que, à época, os gastos com a manutenção de presídios, com a organização desse sistema e com a subsistência dos presos não poderiam ser arcados pela coroa portuguesa. BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 31.

²¹³ *Idem*, p. 28.

²¹⁴ *Idem*, p. 34.

²¹⁵ *Idem*, p. 35.

²¹⁶ “O Código de 1852 atribuía ao juiz um poder inteiramente discricionário de determinação concreta da pena. Tal como o Código francês de 1810, ele previa (arts. 28.ºss.), ao lado das chamadas penas fixas, penas temporárias ou variáveis, visando justamente adaptar a previsão legal, por via de individualização judiciária, à concreta situação do caso. O art. 46.º, porém, colocava inteiramente nas mãos do juiz a fixação da medida concreta da pena temporária, atribuindo ao juiz um poder discricionário dentro, naturalmente, dos polos da moldura abstracta, de graduação da pena. No uso desse poder parecia, pois, que ele deveria recorrer aos princípios atrás enunciados. O legislador de 1884 procurou tratar expressamente a questão da individualização concreta da pena. Escrevia-se no seu relatório: No art. 14.º da proposta da lei de 13 de Maio de 1870 estabeleceu o seu autor que as penas temporárias sejam aplicadas no termo médio quando não houver concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes; no art. 15.º da proposta de lei de 6 de Maio de 1871 foi reproduzido o mesmo preceito, referindo o termo médio à totalidade das penas e não aos dois termos – o máximo e o mínimo. Não me parece aceitável esta doutrina. A razão de ser das penas de duração variável entre dois termos fixados por lei não está em regular a sua agravação ou atenuação dentro desses termos, porque as penas fixas também podem e devem ser agravadas ou atenuadas. Se

com a extinção das penas corporais, “a pena privativa de liberdade foi instituída como a espinha dorsal do sistema penal” português. Após críticas a esse código, o país aprovou nova legislação penal em 1886, com alterações ao Código de 1852 para excluir algumas penas, como a expulsão definitiva do reino e a perda de direitos políticos²¹⁷.

Esse Código permaneceu durante grande parte do século XX, sofrendo algumas alterações. Nesse ponto, o princípio de humanidade já estava consolidado, o que significa dizer que Portugal já estava decidido pela recusa em aplicar penas de morte e de caráter perpétuo²¹⁸. Contudo, apenas em 1982 o Código Penal que ainda está em vigor foi aprovado, e ainda sofreu profundas alterações em 1995. Nesse momento, Portugal instituiu as principais modalidades de pena, quais sejam a de prisão e a de multa: as penas principais passaram a ser duas: a pena de prisão com a duração mínima de um mês e máxima de vinte anos, podendo, de maneira excepcional, ter um limite máximo alargado de vinte e cinco anos nos casos previstos na lei; a pena de multa fixada em dias, no mínimo de dez e no máximo de trezentos, entretanto modificado pela reforma de 1995 para trezentos e sessenta dias²¹⁹.

Para além de um código penal que prevê crimes e institui penas, a política criminal que começou a ser aplicada no território português no século XXI busca resguardar, promover e garantir os direitos humanos que foram consagrados pela Organização das Nações Unidas ao longo do século anterior, inclusive no tratamento conferido pela própria polícia. Manuel Valente comenta inúmeras críticas a essa política criminal, como a ausência de previsão sobre outras políticas (de segurança, de emprego, de educação, entre outras) para auxiliar na desconstrução da ideia de que a violência penal não é a solução; entretanto, o ponto central é a necessidade de a proteção aos direitos humanos refletir em toda a esfera penal²²⁰.

É importante lembrar que, na mesma linha daquilo que acontece no Brasil, a Constituição de Portugal traz à tona diversas limitações quanto a direitos fundamentais que não podem ser violados quando forem instituídas as penas, em memória constante àquele período

assim fora, se na ausência ou compensação de circunstâncias as penas de duração variável houvessem de ser sempre aplicadas no termo médio, mudavam completamente de natureza e ficavam para todos os efeitos transformadas em penas fixas com gravíssima ofensa dos princípios da justiça. Há muitas espécies de crimes cuja gravidade é da máxima elasticidade, independentemente das circunstâncias que podem agravar ou atenuar a responsabilidade criminal, e portanto seria iníquo aplicar-se sempre o mesmo quantitativo da pena. Os códigos estabeleceram penas de duração variável dentro da qual os tribunais podem aumentar-lhe ou diminuir-lhe o quantitativo em atenção à gravidade da hipótese sujeita; dentro da mesma espécie de crimes pode haver hipóteses mais ou menos graves”. CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal...**, pp. 335-336.

²¹⁷ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, pp. 36-37.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 51.

²¹⁹ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 43.

²²⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **A polícia do Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 62.

de ausência de direitos mínimos. Dentre essas especificações, refere-se à proibição da pena de morte; a impossibilidade de submeter qualquer pessoa a penas cruéis, degradantes ou desumanas; e a necessidade de estabelecer tempo determinado para a duração das penas e das medidas de segurança, que não podem apresentar caráter perpétuo²²¹.

A própria ideia de prezar pela manutenção e pela efetividade dos direitos humanos fundamentais é indissociável da preservação da dignidade da pessoa humana, e isso é pressuposto que deve se refletir no direito penal e no processo de averiguação da autoria delitiva, e não pode se extinguir com a condenação. Isso significa que os estabelecimentos prisionais também devem prezar pela dignidade dos presos, porque a própria ideia da existência de direitos fundamentais, sejam eles quais forem e estejam eles vinculados à dignidade de maneira direta ou indireta, pressupõe a existência de condições mínimas de sobrevivência e, sobretudo no caso da pena privativa de liberdade, de ressocialização²²².

A Constituição da República Portuguesa estabelece uma série de princípios norteadores da aplicação da lei penal em todo o território de Portugal, limitando o livre exercício do poder sancionatório do Estado e o próprio estabelecimento de penas privativas de liberdade para réus condenados. Dentre essas orientações, pode-se comentar sobre o princípio da legalidade, o qual prevê a impossibilidade de aplicar penas e/ou medidas de segurança que não estejam previstas em lei de maneira expressa. Ainda, importante mencionar que esse princípio também se aplica para penas mais graves, que só podem ser aplicadas se estiverem em vigor na data do cometimento do crime – e soma-se ao princípio da lei penal mais favorável²²³.

Um dos princípios que é comum tanto para o texto constitucional português quanto para o brasileiro é o da presunção da inocência. Como refere Manuel Valente, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando a decisão judicial não comportar mais recurso. Só nesse caso o réu será considerado culpado pelo(s) crime(s) em questão. A ideia primordial desse princípio é a proteção dos direitos da personalidade do acusado, como a honra, a intimidade e a vida privada, especialmente considerando a realidade social de estigmatização de pessoas que são suspeitas da prática de determinado crime²²⁴, ainda mais no cenário contemporâneo de espetacularização

²²¹ ANTUNES, Maria João – **Penas e Medidas de Segurança**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 14.

²²² FRANCISCO DE SOUSA, António – Para o Âmbito de Protecção dos Direitos Fundamentais. *In: Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011, p. 61.

²²³ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, pp. 14-16.

²²⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – O Estigma do Arguido ou do Indiciado. *In: Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011, p. 107.

do processo penal em razão da intensa cobertura midiática²²⁵. Além disso, o sistema penal estigmatiza o criminoso e estigmatiza o ser humano sujeito a uma investigação criminal ou a um processo crime²²⁶. Nesta linha, consideramos que o sistema penal está, hoje, mais propenso à estigmatização *ad initio* do processo crime, cujos efeitos de exclusão e de segregação produzidos com a condenação e o cumprimento da pena, são de imediato sentidos pelo arguido ou indiciado antes de ser acusado e julgado face à relevância dada pela imprensa escrita e televisiva dos fenómenos criminais²²⁷.

Outros princípios são de igual importância para a correta aplicação da lei penal, como “o da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal” e o da proibição do excesso, este último que subdivide-se em princípio da culpa (que garante a inviolabilidade da dignidade pessoal e deve contabilizar, também, o princípio da manutenção da titularidade dos direitos fundamentais); princípio da proporcionalidade em matéria de medidas de segurança; e princípio da proporcionalidade das sanções penais quando o assunto é aplicação de pena restritiva de liberdade²²⁸. Além disso, a fundamentação das decisões judiciais²²⁹, como axioma de um Estado de direito democrático, surge como direito do indiciado no sentido de poder fiscalizar a decisão

²²⁵ DEBORD, Guy – **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 14.

²²⁶ Salienta Manuel Valente, em necessária reflexão: “Não duvidamos de que os crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade, contra o património, contra a paz pública, afectam fortemente o íntimo de cada um de nós: ofendem os bens jurídicos individuais essenciais à vida em comunidade. Mas, também não duvidamos de que são este tipo de crimes que mais fomentam as audiências e venda de jornais, por enquanto outros crimes como os económico-financeiros, os crimes fiscais e contra a previdência, são esquecidos, tabu no nosso dia-a-dia ou neutralizados axiologicamente. Continuamos, todos, a considerar que criminoso é o outro, que a conduta do outro é que é mais grave, que a pena aplicada ao outro é sempre diminuta. A nossa conduta nunca é crime, sendo crime é sempre justificável ou não culpável e a pena que nos é aplicada, ou a um ente nosso querido, é sempre demasiado grave e pesada.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 148.

²²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **O Estigma do Arguido...**, p. 107.

²²⁸ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, pp. 15-16.

²²⁹ A ponderação entre liberdade/segurança e prisão deve ocorrer de maneira interdisciplinar e interinstitucional, partindo do pressuposto real, único e objetivo acerca do agente que praticou o fato ilícito, sem deixar de lado que este não se trata de mero objeto dos operadores judiciários, em um primeiro momento e, a seguir, da sociedade. Não se deve olvidar que o recluso é um ser humano, que deve ser tratado com humanidade e com respeito pelos princípios da autodeterminação e autoconformação com o Direito. Não sendo exigível uma integração sem auto-responsabilização do agente e esta depende do modo de intervenção formal e do respeito pelos valores que legitimam a ação penal. Além disso, a ponderação liberdade/segurança e prisão deve ser vista em sentido científico amplo, deve centrar sua discussão científica em pressupostos legitimadores e limitadores da intervenção integral penal: os princípios históricos e contemporâneos, os fundamentos, a nova era e as alternativas. Esta ponderação implica a afirmação do Direito penitenciário, dotado de juridicidade e jurisdicionalidade, como parte do sistema integral penal reintegrador e construído sob a égide dos Direitos Humanos. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, pp. 150-151.

e orientar o recurso para a instância judicial competente. Na prossecução de uma administração transparente vinculada à lei, a fundamentação é um corolário do princípio da transparência da atuação do Estado²³⁰.

Ainda, conforme já comentado e seguindo a mesma linha do Brasil, o Estado português entende a pena como o meio pelo qual o condenado buscará sua ressocialização; portanto, é dever do Estado promover as condições de ajuda, solidariedade e bem-estar imprescindíveis para que os apenados possam ser reintegrados na sociedade após o cumprimento da pena ou da medida de segurança. Tendo como base a igualdade material entre os portugueses, o Estado deve prezar pela promoção da qualidade de vida também dentro dos presídios e demais estabelecimentos que sirvam de base para a socialização dos condenados²³¹. Sobre o princípio da socialidade, Jorge de Figueiredo Dias aduz que ao Estado que faz uso do seu *ius puniendi* incumbe, em compensação, um dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes. Só nisto – mas nisto tudo – se traduz de maneira concreta a exigência de socialização do delinquente²³².

Nesse sentido, é importante lembrar que a própria Constituição traz a preferência por penas que não sejam de caráter privativo, deixando aquelas que restringem a liberdade dos indivíduos como última instância criminal. Em outras palavras, “a pena privativa de liberdade [...] constitui a *ultima ratio* da política criminal” portuguesa, prezando, sempre que possível, pela substituição da pena²³³ por outra que não restrinja a liberdade do condenado²³⁴. Da mesma forma, deve-se evitar ao máximo a restrição de quaisquer direitos (que não são efeitos

²³⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 113.

²³¹ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 16.

²³² DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 74.

²³³ Um pensamento de individualização faz-se, porém, já sentir na substituição quando, atendendo ao número de circunstâncias atenuantes, nos termos do art. 22.º do Decreto de 15 de Setembro de 1892, se permitia ao juiz substituir a pena correicional pela de desterro ou multa. Trata-se aí da primeira reação contra as penas curtas de prisão. A ideia foi expressa de maneira cristalina no relatório do Decreto nº 13.343 de 26 de Março de 1927 que, considerando já a possibilidade de organização no futuro da *probation*, regulou a conversão de penas curtas de prisão (seis meses) em multa, ponderando que as curtas penas de prisão contêm um grande perigo de contágio, não aproveitando ao criminoso, não o intimidando, nem o melhorando moral e profissionalmente. Nos termos do referido diploma, o juiz deveria converter a pena de prisão até seis meses em multa, salvo nos casos em que se tratasse de delinquente relativamente ao qual se verificasse reincidência, sucessão ou acumulação, ou tivesse sido condenado pelos crimes de furto, burla e abuso de confiança, onde a conversão seria facultativa. Nessa hipótese, aplicava-se o regime do art. 22.º do Decreto de 15 de Setembro de 1892, salvo na medida em que era dada maior amplitude aos poderes discricionários do juiz. CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal...**, pp. 392-393.

²³⁴ Aqui, é necessário comentar que o sistema sancionatório português está baseado no binômio necessidade/subsidiariedade da intervenção penal, de modo que o direito penal só pode intervir em determinado fato quando for necessário e quando não existirem outras formas mais brandas de solução. ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 17.

necessários ou automáticos), sejam eles civis, políticos ou profissionais, na tentativa de retirar o efeito estigmatizante que as penas privativas fazem incidir sobre os sujeitos, mantendo seu caráter ressocializador²³⁵.

De fato, ao fixar para os reclusos a validade de certos direitos sociais, o legislador também está a desenhar os contornos ou afixar as linhas de uma ordenação material da execução. E, se os direitos de defesa conformam uma perspectiva estática - não se protege a sua validade no decurso da execução da pena com outro sentido que não seja o de respeitar os limites inerentes à dignidade humana do recluso - já os direitos sociais devem ser vistos numa perspectiva dinâmica. Ou seja, a sua validade no decurso da execução, se não deixa também de constituir um fator humanizante, contribui, de forma essencial, para a realização dos objetivos da execução, projetando-se, assim, para depois do momento da libertação²³⁶.

Diante desse cenário, quando se pensa na aplicação da lei penal portuguesa e na atribuição de determinada pena para o sujeito que foi condenado pelo cometimento de crime(s), deve-se ter em mente a necessidade de manutenção da proporcionalidade entre a sanção penal aplicada e o delito que foi cometido (ou o direito que foi violado). Para além disso, é importante considerar que esse sistema não admite que se aplique, ao mesmo agente, pelo mesmo fato, uma pena e uma medida de segurança que sejam privativas de liberdade, evitando a dupla culpabilidade²³⁷.

Todo o aparato contextual, histórico e principiológico das penas privativas de liberdade e da sua organização dentro do Direito Penal e Processual Penal de Portugal são importantes para perceber que, ao fim e ao cabo, o objetivo do cumprimento da pena do ponto de vista jurídico e constitucional é, sem dúvidas, a reinserção social²³⁸, compreendida nesse trabalho enquanto uma readaptação social que tem participação ativa do recluso, evitando a objetificação do condenado e fazendo valer a liberdade e a autonomia que garantem a própria dignidade humana ao sujeito que, através do Estado, pretende ressocializar-se²³⁹.

Após essa breve contextualização do Direito Penal português, necessária para compreender o lugar que a pena ocupa no âmbito luso-jurídico, cabe discorrer sobre as penas propriamente ditas e que estão previstas no Código Penal, a fim de visualizar quais são as

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 53.

²³⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: Método, 2000, p. 62.

²³⁷ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 18.

²³⁸ Importa, aqui, mencionar que é preciso um esforço por parte do Estado em evitar a percepção, pela sociedade e pelos reclusos, da pena como castigo ou punição. No Direito português, essa ideia punitiva é incompatível com a Constituição, até porque se espera uma inclusão do apenado na sociedade após o cumprimento da pena, e não a manutenção de cenários de exclusão social em razão da sentença penal transitada em julgado. RODRIGUES, Anabela Miranda – **A posição jurídica do recluso...**, p. 74.

²³⁹ *Idem*, p. 72.

modalidades que podem ser aplicadas em cada caso concreto; como as penas são organizadas; quais são os regimes de cumprimento; como se aufere progressão e regressão de regime; e demais características que cabem ao estudo das penas privativas de liberdade.

Para iniciar o estudo, importante dividir as penas de acordo com as suas modalidades, sendo agrupáveis em três grandes grupos: as penas principais, as penas acessórias e as penas de substituição (ou alternativas)²⁴⁰. O primeiro grupo, que contém as principais, é assim chamado porque essas penas estão previstas de maneira expressa após a previsão de cada tipo de crime, podendo ser fixadas pelo magistrado na sentença, independente de quaisquer outras. No Código Penal português, essas penas são a privativa de liberdade (de prisão) e a pecuniária (de multa) para as pessoas físicas, e a pecuniária (de multa) e de dissolução para as pessoas coletivas e equiparadas²⁴¹.

As penas acessórias, por sua vez, são aquelas “cuja aplicação pressupõe a fixação na sentença condenatória de uma pena principal ou de substituição”, sendo, portanto, uma outra modalidade que acompanha a principal ou a alternativa. O próprio Código Penal, bem como a legislação extravagante, trazem a previsão de diversos tipos de penas acessórias, que se moldam de acordo com o crime que foi cometido e o direito que foi lesado pelo acusado. Alguns exemplos desse grupo, para pessoas singulares, são a proibição do exercício de função; a proibição de conduzir veículos com motor; a proibição de contato com a vítima, do uso e porte de arma e obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica; inibição do exercício do poder paternal, na tutela ou na curatela; incapacidade eleitoral ativa e passiva e incapacidade para ser jurado; penas acessórias pela prática de crimes contra animais de companhia; entre outras²⁴².

Para as pessoas coletivas e equiparadas, as penas acessórias podem ser de injunção judiciária; interdição do exercício de atividades; proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades; encerramento do estabelecimento; publicidade da decisão condenatória; entre outros²⁴³. A legislação extravagante ainda prevê outras penas acessórias, como no caso do regime geral das infrações tributárias; o diploma sobre violações do direito internacional humanitário; o regime jurídico das armas e das munições; o diploma sobre responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos; e o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiro do território nacional.

²⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 91.

²⁴¹ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 20.

²⁴² *Idem*, p. 21.

²⁴³ *Ibidem*.

É bom ressaltar, nesse ponto, que muitas críticas foram feitas às penas acessórias, de modo que, na contemporaneidade, elas não são mais aplicadas por necessidade, como se toda vez que determinado crime fosse cometido, a sua imputação fosse obrigatória. Caso não fosse feito dessa forma, a imposição desse tipo de pena contribuiria para o caráter estigmatizante do Direito Penal, o que não deve ser a intenção. Assim, a aplicação das penas acessórias deve conter uma justificativa alicerçada na função preventiva e na periculosidade do agente²⁴⁴.

Quanto às penas de substituição (ou alternativas), são aquelas aplicadas no lugar de uma pena principal, ou seja, podem substituir qualquer uma das penas principais determinadas no caso concreto, e levam em consideração a possibilidade de aplicação de uma pena de prisão ou de multa e a sua substituição por outra menos gravosa em razão das características do caso concreto²⁴⁵. O Código Penal português prevê, nessa categoria, a multa; a proibição do exercício de profissão, função ou atividade; a suspensão da execução da pena de prisão; a prestação de trabalho a favor da comunidade; e a admoestação para pessoas físicas. No caso das coletivas e equiparadas, tem-se a admoestação; a caução de boa conduta; e a vigilância judiciária²⁴⁶. Desse modo, e recordando o objetivo deste subcapítulo, necessário tratar com mais profundidade sobre a pena privativa de liberdade (ou de prisão), entendida no Direito Penal português como uma modalidade de pena principal:

Toda a pena de prisão é uma pena única e simples e de duração limitada e definida, constituindo a prevenção especial de socialização e o propósito que lhe é inerente de não lhe associar efeitos estigmatizantes o denominador comum de todas estas características²⁴⁷.

Isso significa dizer que não existem formas diversificadas da prisão no ordenamento jurídico português. Essa característica é importante de ser mencionada porque, até pouco tempo, existiam modalidades de prisão diferentes previstas no Código Penal português²⁴⁸, o que foi modificado com a entrada em vigor do diploma de 1982. Ainda, a pena é simples, o que importa considerar que não existem efeitos jurídicos que se liguem de forma automática ou necessária, e que vão além da sua execução, a essa espécie de pena²⁴⁹.

²⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 96.

²⁴⁵ *Idem*, p. 90.

²⁴⁶ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 21.

²⁴⁷ *Idem*, p. 22.

²⁴⁸ Segundo Dias, as diferenciações entre as várias formas de pena de prisão perderam a credibilidade e a razão de ser, motivo pelo qual foram sendo excluídas dos diplomas legais penais. DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 99.

²⁴⁹ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 22.

Um ponto importante de reafirmar é a necessidade de definição prévia e limitada da duração da pena privativa de liberdade, sendo também a materialização da ideia de prevenção especial de socialização. O Código Penal estabelece, nos artigos 40 e 41, respectivamente, a duração e os critérios de contagem dos prazos de duração da pena, que são essenciais para o arbitramento do tempo de prisão. Conforme já comentado, o artigo 40 “determinou que o limite máximo da prisão fosse de 20 anos e o limite mínimo de 1 mês”. Apesar disso, em situações excepcionais, o limite máximo poderá passar para 25 anos, o qual, por sua vez, não pode ser excedido²⁵⁰ sob nenhuma hipótese²⁵¹. Isso porque os limites máximo e mínimo assinalados constituem apenas limites gerais ou normais. Em casos particulares – justificados ou pela particular gravidade do crime e exigências de punição que dele resultam, ou pela particular necessidade de oferecer campo específico de atuação aos mecanismos de determinação da pena – aqueles limites podem ser ultrapassados e serem fixados limites especiais ou excepcionais²⁵².

O fato de não existirem modalidades de prisão, ou seja, de ela ser única, não exclui a existência de graus de prisão conforme a sua duração, e elas são classificadas no direito português em curta, média e longa duração. Para uma pena de prisão ser considerada de curta duração, não pode ultrapassar um ano; para ser de média duração, não pode ser superior a cinco anos; e todas aquelas que forem maiores que cinco anos são de longa duração. Essa hierarquia é importante para definir a possibilidade de aplicar penas de substituição já comentadas²⁵³.

Para penas inferiores a um ano de duração, é possível substituí-las por multa ou pela dispensa de pena, o que poderia acarretar arquivamento do processo. No caso de penas inferiores a cinco anos²⁵⁴, pode-se aplicar mais modalidades de penas de substituição, que vão desde prestação de serviço à comunidade até proibição do exercício de profissão, função ou

²⁵⁰ Importante mencionar que esses limites previstos no Código Penal se aplicam para cada pena de prisão, ou seja, para penas singulares, e não para uma pluralidade de penas sofridas pelo mesmo agente. ANTUNES, Maria João – **Pena** ..., p. 24.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português**..., p. 101.

²⁵² *Idem*, p. 103.

²⁵³ ANTUNES, Maria João – **Pena**..., p. 23.

²⁵⁴ Importa mencionar nas lições de Germano Marques da Silva sobre as penas aplicáveis ao crime de emissão de cheque sem provisão: “O regime punitivo vigente, resultante das alterações introduzidas no Decreto-Lei n.º 454/91 pelo Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de novembro, é mais simplificado, afastando-se do regime anterior que cominava para os crimes de emissão de cheque sem provisão as penas previstas para o crime de burla. Agora importa apenas o valor do cheque. A pena é estabelecida em função do valor do cheque, não tendo relevância para a definição da pena aplicável as circunstâncias modificadas do crime de burla previstas no n.º 2 do artigo 218 do Código Penal. Assim, a pena aplicável é a de prisão até 3 anos ou multa para o crime simples e de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias para o crime de emissão de cheque sem provisão qualificado. É qualificado o crime quando o cheque for de valor elevado”. MARQUES DA SILVA, Germano – **Regime Jurídico-Penal dos cheques sem Provisão**. Lisboa: Principia. 1997, p. 84.

atividade, além da possibilidade de suspensão da execução da pena ou da sua execução em regime de permanência na habitação²⁵⁵.

A determinação da pena é feita através de três etapas, que necessitam da cooperação entre legislador e magistrado para perfectibilizar uma sentença com aplicação da pena cabível e proporcional ao crime cometido. Assim, existe a determinação da moldura da pena, ou seja, aquela que é aplicável ao caso é realizada pelo legislador quando introduz a parte especial do Código Penal, contendo os crimes em espécie e as penas aplicáveis para cada um deles. Depois, o magistrado deverá se preocupar com a determinação concreta (prisão ou multa) e a escolha da pena, que pode ser a mesma da escolha anterior ou outra pena de forma alternativa, caso o crime permita a substituição. Ainda, cabe ao juiz decidir sobre a execução da pena, determinando qual será cumprida de forma efetiva, em vista da existência de institutos como a liberdade condicional²⁵⁶.

O modelo de medida da pena, entendido como a determinação concreta daquilo que será aplicado ao caso concreto, é baseado no binômio culpa-prevenção, visto que o próprio Código Penal traz, no nº 1º do artigo 71º, que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”²⁵⁷. Isso significa dizer que se deve levar em consideração a culpa do agente, ou seja, o aspecto pessoal do crime de forma a respeitar a dignidade do agente, mas não se pode esquecer da “necessidade comunitária da punição do caso concreto e, conseqüentemente, à realização *in casu* das finalidades da pena”, que constitui o aspecto preventivo da aplicação da pena. Entre outros fatores, pode-se dizer que o Direito Penal e Processual Penal português estabelecem esse binômio como o mínimo balizador da pena concreta²⁵⁸. Sobre a prevenção, é necessário comentar que do exposto decorre já que, quando se fala da prevenção como princípio regulativo da atividade judicial da medida da pena, não pode ter-se em vista o conceito de prevenção em sentido amplo, como finalidade global de toda a política criminal, ou seja, como conjunto dos meios e estratégias preventivas de luta contra o crime. O que está aqui em causa é, na verdade, a aplicação de uma concreta consequência jurídico-penal, num momento em que o crime já foi cometido e não pode, por isso, falar-se com sentido de prevenção na acepção referida²⁵⁹.

²⁵⁵ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 23.

²⁵⁶ *Idem*, pp. 39-40.

²⁵⁷ *Idem*, p. 42.

²⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 215.

²⁵⁹ *Idem*, p. 216.

Isso não significa dizer que a prevenção geral não seja importante para a decisão sobre a aplicação da pena, visto que guarda relação direta com a integração tanto do indivíduo concreto na sociedade quanto de todos aqueles sujeitos condenados por crimes correlatos. A culpa, de outra banda, demanda do magistrado uma análise do princípio da culpa e da culpa como elemento constitutivo do conceito de crime, individualizando-a para que continue servindo aos seus pressupostos sem ferir princípios constitucionais²⁶⁰. É importante ter em mente que o binômio deve estar vinculado, também, à ressocialização dos apenados.

No aspecto concreto da pena, o Direito Penal prevê alguns fatores a serem levados em consideração em relação ao fato do crime. É necessário, pois, repensar o grau de ilicitude do fato, o modo com que foi executado, a gravidade das consequências e o grau de violação dos direitos da(s) vítima(s), relacionando com a intensidade do dolo²⁶¹ ou da culpa e com a preparação e a motivação para o crime. Nessa esfera, entram diversos aspectos – alguns mais subjetivos, outros menos – que circundam o crime cometido pelo agente, além de aspectos relativos ao acusado propriamente dito, como o perigo criado e o esforço desenvolvido pelo réu. A consideração de todos esses fatores serve para arbitrar, da forma mais justa e adequada possível, a medida de censurabilidade do fato, que decidirá a pena a ser aplicada²⁶².

Também devem ser levados em conta os fatores relativos à personalidade do agente, que são de extrema importância para a medida da pena. Aqui, entram as condições pessoais e econômicas do agente, a sensibilidade à pena, a susceptibilidade de ser influenciado por ela e as qualidades da personalidade manifestadas no fato a ser julgado. Ainda, considerar-se-á a conduta do agente anterior e posterior ao fato, ou seja, se possui condenações anteriores, se existem outros fatos relacionados ao crime e eventual tentativa de reparação das consequências do crime²⁶³.

Esses fatores são incluídos no arbitramento da pena em razão daquilo que aparece disposto no nº 2 do artigo 71º do Código Penal, que afirma que “na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. Nesse trecho, também é importante salientar a parte que enuncia o princípio da proibição da dupla valorização, ou seja, o magistrado não pode

²⁶⁰ *Idem*, p. 217.

²⁶¹ Nas lições de Germano Marques da Silva sobre o crime de emissão de cheque sem provisão: “O dolo há-de verificar-se no momento da prática do facto, isto é, no momento da emissão e entrega do cheque, do levantamento dos fundos, da proibição de pagamento, do encerramento da conta, da alteração das condições de saque ou movimentação da conta ou do endosso. É nesse momento que o agente há-de ter consciência de todos os elementos do crime”. MARQUES DA SILVA, Germano – **Regime jurídico-penal...**, p. 78.

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, p. 246.

²⁶³ *Idem*, p. 254.

utilizar as circunstâncias do crime que já foram usadas pelo legislador quando determinou o crime e as penas aplicáveis a ele²⁶⁴.

Nos aspectos particulares do arbitramento da pena, a reincidência recebe um contorno especial por ser um fator de agravação da pena privativa de liberdade, reconhecendo que isso implica em maior culpa do agente por não ter levado a cabo o caráter de prevenção da pena que foi aplicada por crime anterior e, da mesma forma, numa maior perigosidade do sujeito. Assim, a pena privativa de liberdade sofrerá impacto da reincidência quando houver duas condenações com prisão efetiva superior a 06 meses e, entre as duas sentenças, tiver transcorrido prazo igual ou menor a 05 anos. Nesses casos, o limite mínimo da pena é elevado de um terço²⁶⁵.

É importante referir, nesse ponto e antes de ingressar na análise da execução da pena propriamente dita, que a pena privativa de liberdade, consubstanciada em prisão, pode ser substituída, conforme já comentado, por uma das penas do rol das alternativas, sempre que o crime em espécie possibilitar. Essa é uma das características do Direito Penal português, que dá preferência para as penas que não ensejam em privação da liberdade do indivíduo, de modo que, sempre que houver a possibilidade de substituição da pena por outra que não limite a liberdade do agente. Isso não significa que o Código Penal esteja deixando de lado o critério da prevenção e a reparação da ordem jurídica – apenas é de interesse do Estado que o mínimo de direitos seja suprimido quando da aplicação da pena²⁶⁶.

No tocante à execução da pena de prisão arbitrada com base no crime cometido e em todos os demais fatores que foram mencionados antes, vale ressaltar que o nº 5 o artigo 30º da CRP dispõe que os condenados a quem sejam aplicadas penas privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução. E no nº 2 do artigo 42º estatui que a execução da pena de prisão é regulada em legislação própria, na qual são fixados os deveres e os direitos dos reclusos²⁶⁷.

Dessa forma, a pena de prisão e a sua execução servem para defender a sociedade e prevenir a prática de novos delitos, orientando-se pela reintegração social do recluso. O Estado, através da prisão, deve preparar o condenado para “conduzir a vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes” e, por isso, a pena de prisão deve ser entendida

²⁶⁴ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 46.

²⁶⁵ *Idem*, p. 52.

²⁶⁶ *Idem*, p. 76.

²⁶⁷ *Idem*, p. 84.

como a *ultima ratio* dentro do direito penal português. Caso seja possível a sua substituição, a medida pode ser compreendida como imperiosa para a execução da pena sem a privação da liberdade²⁶⁸.

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), adotado em Portugal para regular essas matérias, estabelece que, “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção”²⁶⁹. Também prevê, além da reinserção social, a individualização da execução, ou seja, o tratamento prisional “tem por base a avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso”, incluindo a aquisição de competências e a possibilidade de alterações no regime de execução²⁷⁰. Nessa esteira, a própria organização dos estabelecimentos prisionais é feita para atingir esses objetivos:

Artigo 9.º Organização. 1 - Os estabelecimentos prisionais podem ser constituídos por uma ou várias unidades, diferenciadas em função dos seguintes factores: a) Situação jurídico-penal, sexo, idade, saúde física e mental e outros factores tendentes à especialização ou individualização do tratamento prisional do recluso; b) Exigências de segurança; c) Programas disponíveis; d) Regimes de execução. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, devem existir estabelecimentos prisionais ou unidades especialmente vocacionados para a execução das penas e medidas privativas da liberdade aplicadas: a) A presos preventivos; b) A reclusos que cumpram pena de prisão pela primeira vez; c) A jovens até aos 21 anos ou, sempre que se revele benéfico para o seu tratamento prisional, até aos 25 anos; d) A mulheres; e) A reclusos que careçam de especial protecção²⁷¹.

Para tanto, determinou a existência de três modalidades de execução da pena de prisão: o regime comum; o regime aberto; e o regime de segurança, os quais são arbitrados de acordo com a avaliação do recluso e a sua evolução ao longo da execução²⁷². Importante lembrar que, no caso do conjunto desses regimes, não se fala em progressividade no sentido

²⁶⁸ *Idem*, p. 86.

²⁶⁹ PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁷⁰ PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁷¹ PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁷² PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

próprio, uma vez que o regime de segurança não é a primeira fase da execução da pena, de modo que só é possível visualizar uma progressão entre o regime comum e o aberto²⁷³.

O regime normal de execução da pena em Portugal é o comum, e é visto por doutrinadores como um regime supletivo, “na medida em que é colocado nele o recluso cuja execução da pena não possa decorrer em regime aberto nem deva realizar-se em regime de segurança”. Esse regime é executado em estabelecimentos prisionais de segurança alta, o recluso desenvolve atividades em espaços comuns no interior do presídio e só pode ter contato com o exterior na forma prevista em lei²⁷⁴.

Quanto ao regime de segurança, ele é cabível em casos de alta periculosidade do apenado ou em determinadas situações jurídico-penais, de modo que torna impossível a designação de outra forma de regime de execução da pena²⁷⁵. O artigo 15º do CEPMPL traz hipóteses que constituem a revelação da perigosidade do condenado²⁷⁶ e que devem ser atendidos nas ponderações sobre o regime, e estabelece que deve haver uma reavaliação no prazo máximo de seis meses, três meses para casos de reclusos com idade até 21 anos, ou sempre que houver alteração das circunstâncias da prisão²⁷⁷.

O regime aberto é caso de estudo um pouco mais demorado do que as outras duas modalidades de execução da pena, uma vez que apresenta critérios mais específicos e consequências importantes de serem abordadas. É necessário salientar, nesse ponto, que esse regime se subdivide em duas possibilidades para o detento: o regime aberto no interior e no exterior. No primeiro caso, o recluso pode desenvolver atividades no estabelecimento prisional ou nas suas imediações, com um nível atenuado de vigilância. A lei não estabelece os tipos de

²⁷³ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 103.

²⁷⁴ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁷⁵ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 104.

²⁷⁶ Artigo 15.º Regime de segurança [...] 2 - É susceptível de revelar a perigosidade referida no número anterior: a) A indicição ou condenação pela prática de facto que configure terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada ou a existência de fortes suspeitas de envolvimento neste tipo de criminalidade, sustentadas em informação escrita prestada por tribunal, órgão de polícia criminal ou serviço de segurança; b) A assunção de comportamentos continuados ou isolados que representem perigo sério para bens jurídicos pessoais ou patrimoniais ou para a ordem, disciplina e segurança do estabelecimento prisional, designadamente os que se traduzam em intimidação, exploração ou condicionamento de outros reclusos ou funcionários; c) O perigo sério de evasão ou de tirada, sustentado em informação escrita prestada por órgãos de polícia criminal, serviço de segurança ou pelos serviços prisionais. PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁷⁷ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

atividades, mas a doutrina fala em “laborais, escolares, de formação profissional ou quaisquer outras compatíveis” com o regime aberto no interior²⁷⁸.

No caso do regime aberto no exterior, o recluso vai ter permissão para realizar essas atividades de ensino, de trabalho, de formação profissional ou outros programas em qualquer lugar, de forma livre, sem que o estabelecimento prisional precise estabelecer uma relação de vigilância direta com o apenado. O presídio apropriado é o de segurança média para esses casos, ou uma unidade distinta e separada das demais, e o recluso deve passar a noite no estabelecimento e, durante o dia, realiza suas atividades em local diverso²⁷⁹.

O artigo 14º do CEPMPL estabelece uma série de requisitos genéricos que servem para determinar o cabimento da colocação do recluso em regime aberto, tanto na modalidade interna quanto naquela realizada no exterior: o recluso condenado é colocado em regime aberto, com o seu consentimento, se: a) Não for de recear que se subtraia à execução da pena ou medida privativa da liberdade ou que se aproveite das possibilidades que tal regime lhe proporciona para delinquir; e b) O regime se mostrar adequado ao seu comportamento prisional, à salvaguarda da ordem, segurança e disciplina no estabelecimento prisional, à proteção da vítima e à defesa da ordem e da paz social²⁸⁰.

Cumpridos os pressupostos supramencionados, podem ser colocados no regime aberto no interior aqueles indivíduos que foram condenados a uma pena de prisão de duração igual ou inferior a um ano²⁸¹, ou então aqueles que tiveram condenação a uma pena de prisão superior a um ano e que tenham cumprido um sexto da pena²⁸². Para abrir a possibilidade de regime aberto no exterior, a lei estabelece critérios mais específicos, quais sejam: o cumprimento de um quarto da pena; o “prévio gozo de uma licença de saída jurisdicional com êxito”; e a “inexistência de processo pendente que implique a aplicação de medida de coação de prisão preventiva”²⁸³.

Importante mencionar, nesse momento, que o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade traz o Título VIII e seus respectivos capítulos apenas para tratar sobre o ensino, a formação profissional, o trabalho e os programas e atividades que podem

²⁷⁸ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 104.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁸¹ Em outras palavras, pode usufruir desse regime desde o início da execução da pena.

²⁸² PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁸³ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 106.

ser desenvolvidos pelos reclusos e que devem ser assegurados pelos estabelecimentos prisionais. A Lei, então, prevê o incentivo ao ensino como forma de qualificação profissional para o trabalho e a reinserção social, da mesma forma que atividades de formação profissional que privilegiem a sua empregabilidade. Ainda, possibilita a relação de programas específicos “que permitam a aquisição ou o reforço de competências pessoais e sociais”, além de atividades socioculturais e desportivas, de tempo livre e de liberdade religiosa²⁸⁴.

O regime aberto, qualquer que seja a sua modalidade (interior ou exterior), será revogado em três oportunidades que são bem determinadas pela legislação portuguesa: caso deixe de se verificar qualquer um dos requisitos apontados para a sua concessão; o descumprimento, pelo recluso, das condições que foram estabelecidas quando o regime aberto foi concedido; ou em caso de recusa do condenado a realizar os testes (de forma periódica ou aleatória) para detectar consumo de álcool e de substâncias entorpecentes, além de doenças contagiosas²⁸⁵.

Aos reclusos, são asseguradas, desde que com o seu consentimento, licenças de saída jurisdicionais e administrativas, e a diferença entre cada uma dessas modalidades de saída tem a ver com a entidade que decide sobre a sua concessão²⁸⁶. De acordo com o artigo 76º do CEPMPL, as licenças jurisdicionais têm como objetivo manter e promover os laços familiares e sociais, com o intuito de prepará-lo para a vida em liberdade após o término do cumprimento da pena. Já as licenças administrativas são divididas em quatro modalidades: as de curta duração (com o mesmo propósito das jurisdicionais); aquelas para realização de atividades; as especiais, por motivos particulares ou para resolver situações urgentes; e aquelas como preparação para a liberdade²⁸⁷.

A concessão de qualquer uma dessas formas de saída depende de uma expectativa da autoridade competente de que o indivíduo irá se comportar de modo responsável, sem reincidir em cometimento de crimes. Ainda, deve haver uma compatibilidade entre a saída e a defesa da ordem e da paz social, garantindo uma expectativa real de que o recluso não vai se eximir da execução da pena, não retornando ao estabelecimento prisional na data estabelecida

²⁸⁴ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁸⁵ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 106.

²⁸⁶ As primeiras são concedidas pelo juiz da execução e as segundas pelo diretor do estabelecimento prisional ou pelo diretor-geral dos serviços prisionais. *Idem*, p. 107.

²⁸⁷ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

no ato da decisão sobre a licença²⁸⁸. Em caso de descumprimento, a entidade que a concedeu pode decidir por três medidas, dependendo da gravidade da situação: advertência; impossibilidade de novo pedido de saída por seis meses; ou revogação da licença de saída²⁸⁹.

Boavida entende que existem muitos benefícios presentes nas modalidades de regime aberto e na possibilidade de concessão de licenças de saída para os reclusos: as condições de execução da pena de prisão são as que mais se aproximam da vida em liberdade; melhora a saúde física e mental dos reclusos; atenua as tensões próprias da vida penitenciária; facilita a manutenção da disciplina, sendo menores as necessidades de recorrer à aplicação de medidas disciplinares; permite manter as relações com a comunidade; diminui o aparato físico de segurança e repressão; melhora as relações entre os reclusos e o pessoal interveniente na execução da pena; permite diminuir o efeito criminógeno gerado pelo regime comum, sobretudo em termos de atenuação da sensação de institucionalização; reduz as consequências negativas de um regime repressivo²⁹⁰.

Nessa esteira, vale mencionar que o CEPMPL estabelece a possibilidade de modificar a execução da pena de prisão para indivíduos reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível (sem resposta às terapêuticas disponíveis); de deficiência grave e permanente (obrigando o indivíduo a depender de terceira pessoa); ou de idade avançada igual ou superior a 70 anos (desde que seu estado de saúde física ou psíquica seja incompatível com a manutenção regular no estabelecimento prisional). Em tais casos, a execução da pena pode ser modificada para internamento em estabelecimento de saúde ou de acolhimento, ou para o regime de permanência na habitação, podendo haver decisão no sentido de fiscalizar o recluso por meios de controle à distância²⁹¹.

E por falar em regime de permanência na habitação, importante explicar como o sistema português visualiza essa modalidade de execução da pena privativa de liberdade. Essa possibilidade foi introduzida no ordenamento jurídico português em 1987 e, em 1998, houve a primeira previsão de utilização de meios técnicos para viabilizar o controle do recluso à distância (que foi regulamentada de maneira definitiva no ano seguinte). Ao longo dos últimos

²⁸⁸ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 108.

²⁸⁹ *Idem*, p. 110.

²⁹⁰ *Idem*, p. 105.

²⁹¹ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

anos, ocorreu uma evolução desse instituto, estendendo a vigilância eletrônica para essa espécie de pena cumprida na habitação²⁹².

Diante desse cenário, o regime de permanência na habitação passou a ser entendido e visualizado, na esfera penal portuguesa, tanto como uma alternativa à execução da pena de prisão de curta duração (retirando, assim, o recluso do estabelecimento prisional) quanto como condição de antecipação da liberdade condicional (tema que será abordado mais adiante)²⁹³. Importante referir, nesse ponto, que “o tempo de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação é considerado tempo de execução da pena, nomeadamente para efeitos de liberdade condicional”²⁹⁴.

De acordo com o Código Penal português, “sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão e o condenado nisso consentir”, o estabelecimento prisional poderá ser substituído pela habitação, momento em que a pena será executada no regime de permanência na habitação. Essa hipótese, conforme mencionado, depende de fiscalização à distância, através de meios técnicos. As penas que podem ser beneficiadas com esse regime são as de prisão efetiva não superior a dois anos e as não superior a dois anos resultantes do desconto previsto nos artigos 80º e 82º do Código Penal, ou ainda as penas de prisão não superior a dois anos em casos de revogação da pena não privativa de liberdade ou de não pagamento da pena de multa²⁹⁵.

Nesse regime, a obrigação do condenado é permanecer na habitação durante o tempo de duração da pena de prisão, e pode se ausentar do local desde que haja autorização prévia para tanto, que é concedida pelo magistrado após parecer do Ministério Público. São considerados motivos necessários para ausência, além de questões de saúde e urgência, o comparecimento em programas de ressocialização, atividade profissional, formação profissional ou estudos do recluso. Caso haja infração às regras de conduta, ao plano de reinserção social ou aos deveres decorrentes da execução da pena de prisão, o regime é revogado, retornando ao estabelecimento prisional. O mesmo ocorre em caso de cometimento de crime e condenação, além de ser alvo de uma medida de coação de prisão preventiva²⁹⁶.

²⁹² ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 87.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁹⁵ PORTUGAL – DL nº 48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

²⁹⁶ PORTUGAL – DL nº 48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade estabelece, ainda, duas regras especiais de privação de liberdade do indivíduo, quais sejam a prisão preventiva e a detenção. No caso da prisão preventiva, ela é possibilitada pelo CEPMPL mantendo o alinhamento com o princípio da presunção da inocência, que já foi abordado no presente trabalho, e tem como objetivo cautelar a manutenção da ordem, da segurança e da disciplina no estabelecimento prisional. A decisão que estabelece a prisão preventiva é judicial, e a lei permite que o recluso frequente cursos de ensino e formação profissional, bem como trabalhe e participe de outras atividades organizadas pelo presídio²⁹⁷.

No caso da detenção, cuja previsão encontra-se no Artigo 124º do CEPMPL, ela deve ser cumprida em estabelecimentos ou unidades prisionais que sejam destinadas à guarda de detidos, ou seja, não podem ter contato com presos de outras modalidades de privação da liberdade. Ao detido é assegurado o direito de contato com seu advogado em qualquer hora do dia ou da noite e ele pode ser observado por médico próprio do estabelecimento prisional em caso de necessidade por motivos de saúde (ou por médico particular, desde que pague pelas despesas)²⁹⁸. Os objetivos da detenção giram em torno, conforme previsão do Código de Processo Penal (CPP) português, de apresentar o detido a julgamento ou a interrogatório no prazo de 48 horas ou para assegurar a presença imediata, sem exceder 24 horas, perante a autoridade judiciária²⁹⁹.

Ainda, o CPP, no âmbito das prisões preventivas, das detenções e das permanências na habitação, prevê uma indenização aos indivíduos que forem mantidos nessas situações, privados de sua liberdade, de forma ilegal ou injustificada. Assim, qualquer pessoa que tenha sofrido alguma dessas medidas restritivas de liberdade pode requerer, perante o tribunal competente, a indenização pelos danos sofridos. Os casos são de ilegalidade, de erro grosseiro ou de comprovação de que o arguido não foi o agente do crime ou atuou de forma justificada³⁰⁰.

Não menos importante, a pena privativa de liberdade executada na prisão pode ser substituída, conforme já mencionado, por prestação de trabalho a favor da comunidade. Para tanto, o condenado deve “indicar as suas habilitações literárias e profissionais, a sua situação

²⁹⁷ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁹⁸ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

²⁹⁹ PORTUGAL – DL n° 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

³⁰⁰ PORTUGAL – DL n° 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

profissional e familiar e, se possível, a entidade na qual pretenda prestar trabalho”, de modo a garantir que, de fato, haverá trabalho a ser prestado e que a medida requerida pelo recluso contribuirá com a reinserção social do indivíduo requerente. Caso haja descumprimento, o CEPMPL prevê a revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade, sendo aplicáveis as mesmas medidas da violação da liberdade condicional³⁰¹.

Nessa esteira, a liberdade condicional é um instituto que se constitui como uma fase de transição entre a reclusão e a total liberdade do condenado. O indivíduo que goza de liberdade condicional não mais frequenta o estabelecimento prisional, mas não está inserido, ainda, em uma situação de liberdade plena, estando vinculado ao cumprimento de uma série de deveres que, apesar de não impactarem direto em sua liberdade, podem fazê-lo retornar ao presídio caso sejam descumpridos³⁰². Assim, é um instituto jurídico fundamental e referencial do direito de execução das penas. É o principal instrumento que permite adequar a execução da pena ao estado do processo de readaptação social do condenado. Logo que o recluso se mostre preparado para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, asseguradas que estejam as necessidades de prevenção geral e cumprida uma parte significativa da pena, o condenado será colocado em liberdade condicional, desde que tenha prestado seu consentimento³⁰³.

A liberdade condicional pode ser percebida, também, como a última fase de execução da pena privativa de liberdade e, além de demandar o consentimento do recluso (que pode optar por permanecer no estabelecimento prisional), é limitada ao período da pena que ainda está pendente de cumprimento. Assim, nada mais é do que uma forma de execução da pena, demonstrando uma certa flexibilidade do direito penal português quanto à privação da liberdade do indivíduo condenado. A liberdade condicional se subdivide em duas modalidades: a facultativa e a necessária ou obrigatória³⁰⁴.

No caso da forma facultativa de liberdade condicional, devem estar presentes os requisitos que são mencionados no artigo 61º do Código Penal português, quais sejam o consentimento do condenado; o cumprimento de, no mínimo, seis meses da pena de prisão; e o exaurimento de uma parte substancial da pena, sendo cumprida, no mínimo, metade do tempo

³⁰¹ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³⁰² BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 124.

³⁰³ *Idem*, p. 123.

³⁰⁴ *Idem*, p. 126.

total arbitrado³⁰⁵. Caso não haja o cumprimento de ao menos um desses requisitos, a possibilidade de liberdade condicional não será sequer analisada pelo tribunal competente³⁰⁶, visto que é o próprio juiz que solicita documentos ao presídio sobre o recluso, no prazo de até noventa dias antes da data admissível para a concessão do benefício³⁰⁷.

Existe, ainda, a forma obrigatória da liberdade condicional, que está da mesma forma prevista no artigo 61º do Código Penal, dispondo que “o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena”³⁰⁸. Para tanto, o recluso deve preencher apenas dois requisitos: cumprir cinco sextos da pena superior a seis anos de prisão e o consentimento do condenado quanto à aplicação do benefício. A justificativa para essa modalidade de liberdade condicional é que uma pena superior a cinco anos possui efeitos perversos, ressocializadores e até criminógenos, sendo preferível que haja um contato do recluso com a sociedade antes de finalizar o cumprimento da pena – inclusive para fins de análise da periculosidade do indivíduo, obtendo colaboração do condenado³⁰⁹.

Para a concessão da liberdade condicional, o CEPMPL estabelece que o juiz deve solicitar relatórios dos serviços prisionais e dos serviços de reinserção social, de modo a analisar as avaliações da evolução da personalidade do recluso, das competências adquiridas, do comportamento prisional, da sua relação com o crime cometido, das perspectivas de reinserção social (como enquadramento familiar, social e profissional) e de outros elementos que possam ser relevantes para a decisão, ponderando, também, eventual necessidade de proteção da(s) vítima(s)³¹⁰. Boavida refere que é feito, nesse momento, uma prognose criminal individual, considerando-se os seguintes elementos: as concretas circunstâncias do caso; a vida anterior do agente; a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão³¹¹.

Em caso de concessão da liberdade condicional, o indivíduo deve se submeter a uma série de regras de conduta, que são reportadas ao tribunal para que possa ser realizado um

³⁰⁵ PORTUGAL – DL n.º 48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

³⁰⁶ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 127.

³⁰⁷ PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³⁰⁸ PORTUGAL – DL n.º 48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

³⁰⁹ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 126.

³¹⁰ PORTUGAL – Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³¹¹ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 138.

efetivo controle do recluso. Nesse sentido, dispõe o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade:

Artigo 183.º Relatórios de execução. Os serviços de reinserção social e os outros serviços ou entidades que devam intervir na execução da liberdade condicional, para apoio e vigilância do cumprimento das regras de conduta fixadas, remetem ao tribunal relatórios com a periodicidade ou no prazo por este fixados e sempre que ocorra uma alteração relevante no comportamento estipulado no plano fixado para o condenado³¹².

O descumprimento do plano de reinserção social ou das regras de conduta previstas na concessão da liberdade condicional devem ser comunicadas ao tribunal de execução das penas pelos próprios serviços que estejam intervindo na execução do benefício, e o mesmo deve ser feito em caso de condenação do indivíduo por crime que foi cometido no período de liberdade condicional. Com a comunicação, é instaurado um incidente de descumprimento, nos moldes do artigo 185º do CEPMPL, para fins de averiguar a(s) falta(s) cometida pelo recluso³¹³.

Ainda, o descumprimento das condições estabelecidas em lei para a manutenção da liberdade condicional pode acarretar quatro consequências, dependendo da gravidade do fato. Pode ser formulada apenas uma advertência solene; pode-se exigir garantias de cumprimento das condições que são determinantes para a liberdade condicional; é possível impor novas regras de conduta ou introduzir mais exigências no plano de reinserção social; ou ocorre a revogação da liberdade condicional e o agente retorna para o estabelecimento prisional para finalizar o cumprimento da pena de prisão em privação de liberdade³¹⁴.

Entretanto, a prisão e suas modalidades não são as únicas formas de execução da pena privativa de liberdade. O Direito Penal e Processual Penal português também contam com a previsão da medida de segurança, que surge como resposta a algumas situações especiais de indivíduos condenados pelo cometimento de crimes e que não podem cumprir pena. É importante lembrar que a medida de segurança não é considerada uma modalidade de pena, mas sim uma sanção, no âmbito penal, que busca o tratamento das pessoas sujeitas à medida³¹⁵.

Os casos em que são considerados cabíveis a aplicação da medida de segurança são aqueles de especial periculosidade dos delinquentes imputáveis e, também, de condenados com

³¹² PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³¹³ PORTUGAL – Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³¹⁴ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, p. 193.

³¹⁵ ANTUNES, Maria João – **Penas...**, p. 114.

imputabilidade diminuída aos quais a pena seria insuficiente. Além disso, e de forma especial, a medida é aplicada àqueles indivíduos inimputáveis, em razão de anomalia psíquica, e com periculosidade especial, aos quais a pena se mostra inadequada³¹⁶. Assim, a medida de segurança é executada, após decisão judicial, em estabelecimento destinado a inimputáveis (de preferência unidade de saúde mental não prisional), visando a reabilitação do internado e sua conseqüente reinserção no meio social e familiar. Serve, portanto, ao princípio preventivo da legislação penal portuguesa³¹⁷.

Quando houver a aplicação da medida e a conseqüente internação do indivíduo, deve ser elaborado, conforme disposição do artigo 128º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, um plano terapêutico e de reabilitação, “estruturado em função das necessidades, aptidões individuais e avaliação de risco” do internado. Esse plano, revisado e atualizado de forma periódica, tem como objetivo respeitar a individualidade e a dignidade do sujeito, promover o seu envolvimento e o dos familiares, promover atividades ocupacionais e terapêuticas, privilegiar a integração do indivíduo em programas de reabilitação e formações comunitárias, além de criar condições para a manutenção do tratamento após o cumprimento da medida de segurança³¹⁸.

Por fim, para melhor compreensão acerca de como se articulam os tribunais portugueses quanto à execução da pena, importante tecer alguns comentários sobre as questões de competência. No tocante à execução das penas, o CEPMPL traz, no artigo 137º e seguintes, esclarecimentos sobre a competência dos tribunais para essa finalidade, subdividindo-a em competência territorial e material. No caso da territorialidade, o tribunal competente é aquele da localização do estabelecimento no qual o recluso está cumprindo pena ou medida de segurança, de modo a facilitar a comunicação – e, caso o arguido resida no estrangeiro, o tribunal competente é o de execução das penas de Lisboa. Em outros casos, será competente o tribunal com sede na localidade de residência do condenado³¹⁹. No tocante à competência material, compete ao tribunal de execução das penas garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais nos casos e termos

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³¹⁸ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

³¹⁹ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

previstos na lei. Após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371º-A do Código de Processo Penal. Compete ainda ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos, devendo as respectivas decisões ser comunicadas ao tribunal à ordem do qual o arguido cumpre a medida de coação³²⁰.

Diante de todo o exposto, foi possível compreender como as penas privativas de liberdade são percebidas e articuladas no cenário do direito penal e processual penal português, bem como quais são os princípios e os objetivos do Estado na manutenção e na articulação dos estabelecimentos prisionais e dos centros de tratamento. É importante recordar o peso que a reinserção social recebe do ordenamento jurídico social, sendo esta a premissa que regula todas as legislações penais. Nesse momento, oportuno, portanto, tratar sobre o cenário brasileiro referente às penas privativas de liberdade.

2.2 As penas privativas de liberdade no Brasil

Quando ocorreu a colonização do Brasil, as tribos indígenas existentes no território brasileiro apresentavam diferentes estágios de evolução, os Tupis apresentavam um desenvolvimento superior ao dos Tapuias, estes chamados por aqueles de bárbaros. Toda ideia de Direito Penal que se possa atribuir aos indígenas está relacionada ao direito costumeiro e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o Talião. A guerra nunca era movida por motivos econômicos, pelo menos até o descobrimento. O motivo das hostilidades era capturar prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou para vingar seus parentes mortos. As crianças eram castigadas para que aprendessem a urbanidade. A polidez e o respeito mútuo eram encarados como a forma ideal para dirigir a vontade dos filhos e incitá-los aos exemplos dos mais velhos. Em algumas tribos havia o casamento monogâmico, entretanto, a poligamia era constante, sendo que as famílias tinham, muitas vezes, como base o sistema patriarcal e o parentesco só se transmitia pelo lado paterno. Havia, entretanto, vestígios de poliandria, ou seja, o casamento de uma mulher com vários homens. Além disso, o furto a estrangeiros e a hóspedes que não fossem conhecidos era lícito. O adultério, na maioria dos casos, era fato indiferente. Contudo, em determinadas situações

³²⁰ PORTUGAL – Lei nº 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.** [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.

poderiam ocorrer castigos físicos à mulher. Por seu primarismo, as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o Brasil, em nenhum momento, influenciavam na legislação brasileira³²¹.

O Direito Penal que vigorou no Brasil, do seu descobrimento até a independência, tinha por fonte o livro V das ordenações do reino. Quando o Brasil foi descoberto, vigoravam as Ordenações Afonsinas, que foram mandadas compor por D. João I. O trabalho foi executado sob a influência do direito romano e do direito canônico e foi concluído em 1446, tendo nele trabalhado João Mendes, que após longos anos de compilação não pôde terminá-lo. D. Manuel pretendendo dotar o país de uma legislação melhor, incumbiu os juristas Rui Boto, Rui Da Grã e João Cotrim desse trabalho, vindo a obra a ser impressa em 1512 e após revisão foi publicada em 1521 com o nome de Ordenações Manuelinas. Por fim, Felipe II, da Espanha, que reinava em Portugal com o nome de Felipe I, ordenou uma nova estruturação dos velhos códigos, incumbindo dessa tarefa os desembargadores do Paço, Paulo Afonso e Pedro Barbosa. Após revisão por outros juristas, foram as Ordenações Filipinas publicadas em 11 de janeiro de 1603, já sob o reinado de Felipe II de Portugal. Restaurada a monarquia portuguesa, foram as Ordenações Filipinas revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, de Dom João IV. Desta forma, as legislações afonsinas não chegaram a influir no Brasil, ressalvadas as disposições que foram enxertadas nas ordenações manuelinas. Estas sim, embora fossem escassos os agrupamentos, todos localizados na faixa litorânea, chegaram a ter alguma aplicação no período das capitanias hereditárias, em especial nas de São Vicente e Pernambuco, que mais haviam prosperado e bem mais ao tempo dos governadores gerais. Durante o regime das capitanias o que de fato regia era o arbítrio do donatário, um direito informal e personalista, pois as cartas de doação entregavam aos donatários o exercício de toda justiça. Dentre todas, foram as Ordenações Filipinas que mais tiveram aplicação no país³²².

Mesmo com a vinda de D. João VI para o Brasil e a elevação do país à condição de reino unido, a legislação não se modificou e até mesmo D. Pedro I, que havia baixado as bases da constituição política da monarquia, em 10 de março de 1821, em lei de 20 de outubro de 1823, determinou que as Ordenações permanecessem em inteiro vigor na parte em que não tivessem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do Império. A norma do artigo 179, §18, da Constituição do Império, impunha a urgente organização de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade. Os movimentos liberais

³²¹ PIERANGELLI, José Henrique – **Códigos penais do Brasil: evolução Histórica**. Bauru: Jalovi, 1980, pp. 5-6.

³²² *Idem*, p. 7.

aliados às modificações sociais do tempo, impunham que essas novas concepções viessem a influir na nova legislação. A própria Constituição já determinava a igualdade de todos perante a lei, a não retroatividade da lei penal e que a pena não passaria da pessoa do condenado. Embora determinasse a Carta de 1824 a urgência da elaboração do código, só em 16 de dezembro de 1830 foi ele sancionado, com o nome de Código Criminal do Império. Após, o referido Código influenciou na elaboração do Código Penal Espanhol de 1848 e através deste em vários códigos penais de países da América Latina³²³.

O Código Criminal do Império, dentre seus equívocos, não definia a culpa, referindo-se tão só ao dolo. A lacuna, entretanto, não se fazia sentir, pois só com o desenvolvimento dos meios de transporte passou ela a exigir uma elaboração legislativa, que ocorreu em 1871. Embora a constituição assegurasse a igualdade de todos perante a lei, os considerados escravos à época receberam um tratamento desigual. A eles estava reservada a pena de Galés e a pena de morte o que foi alvo de críticas a época. A partir do advento da Lei Áurea foram apresentados projetos visando a reforma do Código Penal, para adaptá-lo a nova situação dos negros até então considerados escravos. Tais projetos, entretanto, não chegaram a ser votados. Durante o período imperial muitos penalistas patrícios se projetaram mencionando Brás Florentino, Tomás Alves Júnior e Carlos Perdigão. Contudo, o maior penalista do Império foi Tobias Barreto, que escreveu inúmeras obras, como por exemplo “Delitos por Omissão”, onde analisou aspectos desconhecidos para a maioria dos especialistas da época³²⁴.

A proclamação da república interrompeu o trabalho de Batista Pereira, contudo Campos Salles, Ministro da Justiça do Governo Provisório, renovou-lhe o encargo de preparar o novo código penal, trabalho que foi logo terminado e remetido à apreciação de uma comissão de juristas, presidida pelo próprio Ministro. Em 11 de outubro de 1890, foi o código transformado no Código Penal brasileiro e por decreto em 6 de dezembro do referido ano, foi marcado o prazo de seis meses para sua execução em todo o território nacional. João Monteiro considerou como o pior de todos os códigos conhecidos, bem como foi alvo de inúmeras críticas por Plínio Barreto. Entretanto, o Código resistiu às ideias reformistas e foi recebendo alterações visando sanar seus defeitos, complementá-lo e ajustá-lo às novas condições. Tais leis esparsas que visavam a retificação do Código foram compiladas pelo desembargador Vicente Piragibe, que a sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de consolidação das leis

³²³ *Idem*, p. 8.

³²⁴ *Idem*, p. 9.

penais, a qual passou a ser o novo Estatuto Penal do Brasil, oficializada por decreto em 14 de dezembro de 1932³²⁵.

No ano de 1893 foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de reforma do Código Penal por João Vieira de Araujo. Tal projeto também apresentava falhas, embora revelasse um avanço em relação ao então vigente. Dos pareceres opostos, merecem ser citados o do instituto da Ordem dos Advogados. Em 1910, o ministro Esmeraldino Bandeira encareceria a necessidade urgente da substituição do Código e em 7 de janeiro de 1911, uma resolução do Congresso autorizava o governo a determinar a elaboração do projeto, sem nenhum resultado. Em 1913, Galdino Siqueira apresentava o seu projeto, da mesma forma sem êxito. Em 1916, o Instituto da Ordem dos Advogados, no Rio de Janeiro, propunha a necessidade de reforma urgente. Por determinação do governador Arthur Bernardes, o desembargador Sá Pereira se incumbiu da elaboração do novo projeto. A parte geral foi publicada no diário oficial em 10 de novembro de 1927 e em 23 de dezembro de 1928 foi publicado o projeto completo, com a parte geral reformulada. Em tal projeto era perceptível a influência do projeto do Código Penal Suíço, bem como do projeto italiano e do Código Penal da Argentina. O de Sá Pereira também não obteve aprovação, embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica no Brasil. As críticas, em especial as formuladas na Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro em 1913, desgastaram o projeto e com o golpe de estado de 10 de novembro de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso Nacional, não foi ele aproveitado³²⁶.

A partir da instauração do novo regime, chamado Estado Novo, o ministro Francisco Campos encarregou Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto de Código Penal, o qual foi publicado em 15 de maio de 1938 e denominado de Projeto de Código Criminal brasileiro. O projeto foi revisado por uma comissão composta por Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Nelson Hungria. Muitas divergências surgiram entre Alcântara Machado e a comissão revisora, ocorrendo inúmeras alterações e sendo sancionado em 7 de dezembro de 1940 e entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942. O Código Penal de 1940 embora partisse do projeto de Alcântara Machado, teve em mira o projeto de Sá Pereira e projetos de códigos da Europa. O Código de 1940 é eclético, pois conciliava no seu texto as ideias dos neoclássicos com o positivismo, o que é salientado pela própria exposição de motivos. Após, em 3 de outubro

³²⁵ *Idem*, p. 10.

³²⁶ *Idem*, p. 11.

de 1941, foi promulgado o Código de Processo Penal e na mesma data a Lei das Contravenções Penais³²⁷.

Na década de 60, ao jurista Nelson Hungria, confiou o governo a tarefa de elaborar o anteprojeto do Código Penal, o qual foi apresentado em 1963, dando-lhe ampla divulgação para que pudesse receber sugestões. As principais foram ofertadas pelas faculdades de direito, pelos conselhos da Ordem dos Advogados e pelo ciclo de conferências e debates realizado em São Paulo sob as diretrizes do Instituto Latinoamericano de Criminologia. Em 1964, o Ministro Milton Campos designou uma comissão revisora da qual fizeram parte não só o próprio autor do anteprojeto, como também Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Embora não se pretendesse elaborar um código novo em sua totalidade, já que o próprio governo considerava excelente o Código de 1940, o novo estatuto convertido em lei pelo decreto-lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969 passou a receber inúmeras críticas, dentre as quais a adoção da pena indeterminada, a redução para 16 anos da idade mínima para a imputabilidade, dependente esta de exame criminológico para a verificação de sua capacidade de entendimento e autodeterminação. Em 31 de dezembro de 1973, pela lei nº 6.016, sofreu o Código original algumas alterações, mas foi derogado sem nunca entrar em vigor. A sua vigência, determinada para 1º de agosto de 1970, vinha sendo adiada de maneira sistemática, sob o fundamento de se aguardar a aprovação do Novo Código de Processo Penal, cujo projeto, que chegou a tramitar pelo Congresso Nacional, era de autoria de José Frederico Marques e para que ambos os códigos entrassem em vigência na mesma oportunidade³²⁸.

Foi com o Iluminismo, que a crise da sanção penal começou a ganhar destaque. A pena que deveria intimidar não intimidava. A delinquência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria, de forma contrária, incitava a reincidência. Assim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados³²⁹.

Praticamente é unânime, na Ciência Penal, a afirmação de que a pena se justifica pela sua necessidade. Constitui um recurso elementar com que conta o Estado e ao qual recorre, sempre que necessário, para tornar possível a convivência na sociedade entre os homens. Neste sentido, Beccaria aduz que todo ato de autoridade de um homem sobre o outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano

³²⁷ *Idem*, p. 12.

³²⁸ *Idem*, p. 14.

³²⁹ POLA, Giuseppe Cesare – **Commento ala legge sulla condanna condizionale**. Torino: Fratelli Bocca, 1905, p. 58.

tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súditos³³⁰.

Invocando a conhecida afirmação do Projeto Alternativo Alemão, lembramos que a justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim “uma amarga necessidade de seres imperfeitos”. Desde quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, sobretudo a partir do século XIX, pensava-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a ressocialização do condenado. Por muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de determinadas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Tal otimismo inicial foi desaparecendo e hoje em dia predomina, em especial no Brasil, uma certa atitude pessimista: que já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica é tão reiterada que se pode afirmar que a prisão está em crise. Tal crise abrange inclusive o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o apenado³³¹.

Assim, indispensável tornou-se a busca de outros meios para substituir a clássica pena privativa de liberdade, ao menos, aquela de curta duração. Pois, ou o condenado é um delinquente habitual e a condenação é de todo ineficaz, ou então é um delinquente ocasional e a condenação vai além do necessário. Em outras palavras, pode-se afirmar que as pequenas privações de liberdade não conseguem o seu fim social para os delinquentes habituais. A execução das penas de pequena duração, sendo insuficientes para reeducar os criminosos primários, que vez ou outra necessitem da reação pedagógica exercida pela ação penal, e sendo suficientes para corromper-lhes o senso moral, nega, no entanto, uma das principais finalidades, que é a readaptação social do condenado. Era fundamental que se achassem novas penas compatíveis com os novos tempos, contudo tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram injustas, hoje são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII³³².

Hoje domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante, pois entre eles não se incluem os agentes da

³³⁰ BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**. 5.^a ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 64.

³³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., pp. 514-515.

³³² *Idem*, p. 515.

criminalidade não convencional (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século passado não satisfaz mais. A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século acabe. No Brasil, com a reforma do Código Penal de 1984, sob o comando do Ministro Francisco de Assis Toledo, tentou-se seguir essa política criminal liberal, adotando, entre outras inovações, modernas alternativas à pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, além de revitalizar a pena de multa com o sistema dias-multa, além de transformar a suspensão condicional da pena em um instituto eficaz e sério³³³. Desta forma, a pena privativa de liberdade (embora sendo um instrumento de que os ordenamentos jurídicos-penais atuais não conseguem ainda prescindir) constitui a *ultima ratio* da política criminal. De tal concepção derivam consequências a dois níveis. Consequências, desde logo, quanto à reconformação da própria pena de prisão, no sentido de, em toda medida possível, limitar o seu efeito negativo e criminógeno e oferecer-lhe um sentido positivo, prospectivo e socializador³³⁴.

Ainda, nas lições de Ferri, o Estado ao condenar o cidadão ao cárcere assume por sua própria atividade a obrigação de prover à sua sustentação, muito embora lhe proclame a obrigação de trabalhar durante a execução da condenação. Além disso, vencido o termo da condenação assinalado na sentença, o preso deve ser solto de forma imediata e o Estado desinteressa-se da sua vida à saída do cárcere³³⁵.

Com a supracitada reforma penal brasileira em 1984 optou o legislador à época por dois gêneros de penas privativas de liberdade, designadamente a reclusão e a detenção. Há doutrinadores que entendem não haver diferença entre as duas modalidades de execução de penas. Alberto Silva Franco entende que o legislador quando da edição do Código Penal, nessa perspectiva, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais aceitam, pois as áreas de significado dos conceitos de reclusão e detenção estão quase superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador³³⁶.

Entretanto, as diferenças existem, ao contrário do que se afirma, porém localizam-

³³³ *Idem*, p. 516.

³³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português**..., p. 53.

³³⁵ FERRI, Enrico – **Princípios**..., p. 51.

³³⁶ FRANCO, Alberto Silva – **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 506.

se nas consequências, diretas ou indiretas, de uma e outra espécies de pena privativa de liberdade. Eliminaram-se, é verdade, algumas diferenças formais, que poucas vezes ganhavam aplicação, tais como isolamento inicial na reclusão; direito de escolher o trabalho obrigatório, na detenção; separação física entre reclusos e detentos; impossibilidade de sursis³³⁷ em crimes punidos com reclusão. No entanto, as consequências que decorrem de uma e outra espécies de sanção privativa de liberdade são inconfundíveis. Na realidade há profundas diferenças entre reclusão e detenção. A começar pelo fato de que só os chamados crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade. Em consequência disso, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Apenas o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através do instituto da regressão. Essa é uma das diferenças mais marcantes entre as duas modalidades de penas de prisão, que será mais bem esclarecida quando examinarmos os regimes penais. Além desses dois aspectos ontológicos que distinguem as referidas modalidades, há ainda a flagrante diferença nas consequências decorrentes de uma e outra, além da maior dificuldade dos apenados com reclusão em conseguir os benefícios penitenciários³³⁸.

Algumas das mais importantes consequências que ainda justificam todo um sistema tradicional duplo de pena de prisão, pode-se mencionar que para infração penal punida com reclusão a medida de segurança será sempre detentiva; já para autor de crime punido com detenção, a medida de segurança poderá ser convertida em tratamento ambulatorial, conforme o artigo 97 do Código Penal brasileiro. Além disso, apenas os crimes punidos com reclusão, praticados pelos pais, tutores ou curadores contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, geram essa incapacidade. Na hipótese de prática de crimes punidos com detenção, nas mesmas circunstâncias, não gerarão os mesmos efeitos. Entretanto, a incompatibilidade fática justificará a busca através de ação própria no juízo competente, seja na vara de família e sucessões, seja na vara da infância e juventude. Há também a prioridade na ordem de execução da pena, executa-se primeiro a reclusão e depois a detenção³³⁹.

³³⁷ A aurora desse instituto foi o projeto francês de Berenger de 1884, que veio a ser consagrado legislativamente na Bélgica, pela primeira vez, em 31 de Maio de 1888 e depois na França em 26 de Março de 1891. O modelo franco-belga da condenação condicional veio a ser adotado por vários países da Europa. Dentre os primeiros está Luxemburgo em 1892 e em Portugal através da Lei de 6 de Julho de 1893, regulamentação completada depois pelo art. 633.º do Código de Processo Penal, pelo Decreto-Lei n.º 29.636, de 27 de Maio de 1939 e em larga parte integrada, com algumas modificações, no art. 88.º do Código Penal, na redação que lhe foi dada pela reforma de 1954. CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal...**, pp. 395 e 406.

³³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.ª ed., pp. 516-517.

³³⁹ *Idem*, p. 517.

Entretanto, no momento atual, no Brasil, existem três regimes penais: fechado, semiaberto e aberto. Eles são definidos sobretudo pela espécie – reclusão e detenção, quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo.

O regime fechado será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, por fim, o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado. Além disso, a Lei n. 10.792/03 instituiu o que se denominou de regime disciplinar diferenciado, devendo ser cumprido em cela individual, tendo duração máxima de 360 dias, sendo possível sua repetição, desde que não ultrapasse um sexto da pena. Passa-se à análise dos três regimes.

No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, conforme suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. Em tal regime o condenado fica sujeito ao isolamento durante o repouso noturno, contudo, na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual, não passa de carta de intenções do legislador brasileiro. Com a superpopulação carcerária constatada em quase todos os estabelecimentos penitenciários, jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno. Além disso, as pessoas condenadas à cumprirem pena em regime fechado não tem direito a frequentar cursos, mesmo que profissionalizantes³⁴⁰. E o trabalho externo apenas é possível em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena³⁴¹. Salienta-se que o trabalho é um direito do preso, segundo a Lei de Execução Penal do Brasil. Desta forma, se o Estado, por sua incapacidade administrativa, não lhe fornece a possibilidade do trabalho, não poderá o preso vir a ser prejudicado por isso, uma vez que gera direito à remição da pena, fazendo com que, para cada 3 (três) dias de trabalho, o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado. Se o Estado não está permitindo que o

³⁴⁰ “A viagem ao Direito Humanitário penitenciário é um desafio atemorizado e respeitoso perante os dogmas positivistas de negação do ser com que muitos olham o recluso, pessoa não detentora de direitos pessoais como os demais cidadãos, e a prisão, método adequado a afastar os indivíduos perigosos do seio da comunidade humana, e o humanismo que deve orientar a nossa posição quanto à solução mais adequada, possível em um mundo de mutabilidade constante. Este confronto dialéctico é um dilema diário e um grande desafio para encontrar linhas de equilíbrio entre o desejado em abstracto pela comunidade e o desejado em concreto na prossecução da realização da justiça. Os dois pólos não se encontram na nascente, mas tão só na foz: decisão jurisdicional de condenação ou de absolvição do suspeito da prática de um crime.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, pp. 145-146.

³⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.ª ed., p. 518.

preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remição de sua pena. Desta forma, excepcionalmente deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivo trabalho³⁴².

Nas condenações a penas prisionais não superiores a quatro anos, só para algumas exceções se justifica a aplicação do regime fechado, isto é, apenas quando as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59³⁴³ do Código Penal, forem desfavoráveis. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais favoráveis, o regime de cumprimento de pena deve ser mais liberal. Quando o condenado for reincidente, mesmo assim, recomenda-se a aplicação do regime semiaberto. Inclusive há súmula do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais” (Súmula 269).

O segundo regime é o semiaberto o qual não prevê isolamento durante o repouso noturno. Em tal regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, entretanto será em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. O serviço externo poderá ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do apenado ao convívio social. A próxima etapa, cumprido os requisitos legais, será o livramento condicional. Desta forma, o juiz da condenação, na própria sentença, deverá conceder o serviço externo, sendo desnecessário o cumprimento de qualquer parcela da pena. Ou então, na sequência, o juiz da execução poderá concedê-lo desde o início do cumprimento da pena. A exigência de cumprimento de um sexto da pena verifica-se apenas quando tal benefício for concedido pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado, conforme previsão na Lei de Execução Penal. Essa hipótese justifica-se quando o Poder Judiciário, nas oportunidades anteriores, considerou não ser prudente a concessão de tal benefício, pelas circunstâncias apresentadas pelos fatos e pelo condenado³⁴⁴. Nesse regime, também poderá ser realizado exame criminológico, a fim de orientar a individualização da execução, bem como a remição da pena é uma possibilidade de tal regime.

³⁴² GRECO, Rogério – **Curso...**16.^a ed., p. 501.

³⁴³ “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”. BRASIL – Presidência da República. DECRETO-LEI n. 2848. **Código Penal**. (07-12-1940). [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

³⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 519.

O regime aberto, por sua vez, baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância. Com responsabilidade e com disciplina o detento deverá demonstrar que merece a adoção desse regime e que para ele está preparado, sem frustrar os fins da execução penal, sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso. O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante³⁴⁵.

A peculiaridade do regime aberto, que difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. No regime fechado e semiaberto, o trabalho do preso faz com que tenha direito à remição. Aqui, no regime aberto, não há previsão legal para remição da pena pelo trabalho, uma vez que apenas poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo de imediato. Contudo, o condenado que cumpre pena no regime aberto poderá remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena. Vê-se, portanto, que a condição *sine qua non* para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado. Sem trabalho não será possível o regime aberto. A Lei de Execução Penal excepciona a exigência do trabalho quando: o condenado for maior de 70 (setenta) anos; o condenado for acometido de doença grave; a condenada tiver filho menor ou deficiente físico ou mental; ou a condenada for gestante. Note-se que a lei de Execução Penal fala em trabalho, e não em emprego. Portanto, mesmo que o condenado exerça uma atividade laboral sem registro, por exemplo venda de produtos de forma autônoma, faxina em residência, lavagem de carros, dentre outros, poderá ser inserido no regime aberto. Isso porque o desemprego é algo presente no Brasil. Não podemos exigir do condenado que consiga uma colocação no mercado de trabalho, após sua condenação, competindo de maneira igual com aqueles que mantêm uma folha penal sem anotações. Isso seria impedir, por vias oblíquas, a concessão do regime aberto. Entretanto, a atividade exercida pelo condenado deverá ser fiscalizada pelo Ministério Público, devendo, caso haja alguma irregularidade no trabalho do condenado, ser comunicado ao juízo da Execução, para fins de justificação³⁴⁶.

Tanto o juiz do processo de conhecimento, caso o regime aberto seja o inicial

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ GRECO, Rogério – **Curso...**16.^a ed., p. 504.

previsto para o cumprimento da pena, como o da execução, em caso de progressão de regime, poderão estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: permanecer no lugar que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial e comparecer em juízo para informar e justificar suas atividades, quando for determinado³⁴⁷.

A fixação do regime inicial da execução das penas privativas de liberdade é de competência do juiz da ação, ou seja, o juiz da condenação. Ela integra o ato decisório final. Entretanto, tal fixação será sempre provisória, uma vez que fica sujeita à progressão ou regressão, a depender do mérito do condenado. Cumpre ao juiz da execução decidir, de forma motivada, sobre a progressão ou regressão de regimes. Bitencourt aduz que o legislador de 1984, ano de publicação do Código Penal brasileiro, não foi muito feliz ao estabelecer as regras e os critérios determinantes do regime inicial de cumprimento de penas. A obscuridade do § 2º do art. 33 do Código Penal³⁴⁸ tem determinado interpretações equivocadas e contraditórias de nossos mais respeitados penalistas. Os fatores fundamentais para determinação do regime inicial são: natureza, quantidade da pena aplicada e a reincidência. Esses fatores são subsidiados pelos elementos do art. 59 do Código Penal, isto é, quando aqueles três fatores não determinarem a obrigatoriedade de certo regime, então os elementos do art. 59 é que orientarão qual o regime que deverá ser aplicado, como o mais adequado que seja necessário e suficiente para aquele caso concreto e para aquele apenado³⁴⁹.

Bitencourt ainda prossegue afirmando que com a conjugação do art. 33 e seus parágrafos e o art. 59, ambos do Código Penal, constata-se que existem circunstâncias em que determinado regime inicial é facultativo. Em tal caso, quando o regime inicial for facultativo, os elementos determinantes serão os do art. 59 do CP. O *caput* do art. 33 estabelece as regras gerais dos regimes penais, ou seja, a reclusão pode ser iniciada em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto e aberto; a detenção, só nos regimes semiaberto e aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado (regressão). Equivale dizer que pena de detenção jamais

³⁴⁷ *Idem*, pp. 504-505.

³⁴⁸ “§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”. BRASIL – Presidência da República. DECRETO-LEI n. 2848. **Código Penal**. (07-12-1940). [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

³⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**15.^a ed., p. 520.

poderá iniciar o cumprimento de pena em regime fechado. Os critérios estabelecidos nas alíneas do § 2º do mesmo artigo, apesar de confusos, obscuros e lacônicos, não são contraditórios e são meros complementos das regras gerais estabelecidas no *caput*. É princípio consagrado em hermenêutica que não se pode interpretar parágrafos e incisos em flagrante contradição com a cabeça do artigo. Além disso, no caso em estudo não existe a propalada contradição. Há em razão de defeituosa técnica legislativa, obscuridade capaz de gerar alguma perplexidade³⁵⁰.

Além disso, quando a alínea "a", do artigo 33 determina que a pena superior a oito anos deverá começar a ser cumprida em regime fechado, é evidente que está se referindo tão só à pena de reclusão. Pela simples razão de que a cabeça do artigo já estabeleceu que a detenção não pode começar seu cumprimento em regime fechado. Logo, esse critério só serve para pena de reclusão. Já a alínea "b" faculta ao não reincidente, com pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, cumpri-la, desde o início, em regime semiaberto. Também aqui esse critério só serve para a reclusão, pois a detenção não poderá iniciar no regime aberto em razão da quantidade da pena e não poderá iniciar no regime fechado porque o *caput* proíbe. Logo, para a detenção não há a faculdade que a alínea "b" oferece para a reclusão. Para a detenção, nas circunstâncias, com pena superior a 4 anos, só pode ser o regime semiaberto. Além disso, a reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou os elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado. Por isso a faculdade, mas apenas para a pena de reclusão. Por fim, a pena de detenção superior a 4 anos, excedendo ou não a 8 anos, condenado reincidente ou não, só poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto. Já a alínea "c" faculta ao condenado não reincidente, com pena igual ou inferior a 4 anos, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Essa parece ser a maior causadora de equívocos. A alínea "c" é a única que se dirige às duas espécies de penas, reclusão e detenção. Contudo, o fato de o dispositivo dizer que o não reincidente pode iniciar o cumprimento de pena no regime aberto não está, *contrario sensu*, afirmando que o reincidente deverá de maneira obrigatória iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. O que a norma legal diz é que o reincidente não pode iniciar em regime aberto. Se a pena for de reclusão de até 4 anos e o condenado for reincidente, o regime inicial poderá ser o fechado ou o semiaberto. Os requisitos do artigo 59 é que determinarão qual dos dois regimes será o mais adequado, isto é, qual dos dois será necessário e suficiente para atingir os fins da pena. Se, entretanto, a pena for de detenção, nas mesmas circunstâncias, com condenado

³⁵⁰ *Idem*, p. 521.

reincidente, o regime só poderá ser o semiaberto. Condenado à pena de detenção, reincidente, não tem opção: deverá qualquer que seja a quantidade de pena iniciar sempre em regime semiaberto³⁵¹.

Já o condenado que não for reincidente com pena de até 4 anos, ter-se-ão as seguintes possibilidades: se for detenção poderá iniciar no regime semiaberto ou no aberto. Para adotar um ou outro regime o juiz levará em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal brasileiro. Se for reclusão poderá iniciar em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto ou aberto³⁵².

Diante do exposto, em síntese, as regras sobre o regime inicial serão as seguintes: para pena de detenção o regime inicial apenas poderá ser o semiaberto ou aberto; detenção nunca poderá iniciar em regime fechado; detenção superior a 4 anos, reincidente ou não, só pode iniciar em regime semiaberto; detenção, reincidente, qualquer quantidade de pena, só pode iniciar em regime semiaberto; detenção até 4 anos, não reincidente, poderá iniciar em regime semiaberto ou aberto, de acordo com os elementos do artigo 59. De forma diversa, para pena de reclusão superior a 8 anos sempre inicia em regime fechado; reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado; reclusão superior a 4 anos até 8, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto a depender das circunstâncias judiciais; reclusão até 4 anos, reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto; reclusão até 4 anos, não reincidente, pode iniciar em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto ou aberto.

Quanto ao fator reincidência, constata-se que quando se trata de pena de detenção, só influi no regime inicial quando for até 4 anos. Quando se tratar de reclusão, influi no regime inicial quando for até 4 anos, que poderá ser semiaberto ou fechado, e quando for superior a 4 anos até 8, que deverá ser fechado.

Em que pese o condenado começar a cumprir pena em determinado regime, não significa, de forma alguma, que permanecerá toda a pena no mesmo regime inicial. Os regimes de cumprimento da pena direcionam-se para maior ou menor intensidade de restrição da liberdade do condenado, sempre produto de uma sentença penal condenatória. A sanção aplicada possibilita ao apenado progredir ou regredir nos regimes, ampliando ou diminuindo o seu *status libertatis*. O ponto propulsor de conquista ou de perda de maiores regalias no cumprimento da pena privativa de liberdade consiste no mérito ou demérito do condenado. A Reforma Penal adotou um sistema progressivo de cumprimento da pena, que possibilita ao

³⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado**...15.^a ed., p. 522.

³⁵² *Ibidem*.

próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando aos poucos a sua liberdade, durante o cumprimento da pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre a pena aplicada. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Código a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida³⁵³.

Na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso. Na regressão ocorre o inverso. Contudo, na progressão, além do mérito do condenado pelo bom comportamento carcerário, é indispensável que ele tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena no regime anterior, conforme a norma do artigo 112 da Lei de Execução Penal³⁵⁴. Isso quer dizer que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o regime aberto, sem passar de forma obrigatória pelo regime semiaberto. O inverso não é verdadeiro, desta

³⁵³ *Idem*, p. 525.

³⁵⁴ “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. **A redação do referido artigo sofreu alteração legislativa pela Lei 13.964/2019:** “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. § 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente”. BRASIL – Presidência da República. Lei 7.210 de 1984. **Lei de Execução Penal** [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

forma, o condenado que não se adequar ao regime aberto poderá regredir, diretamente, para o regime fechado, sem passar pelo regime semiaberto. Salienta-se que não basta o simples cumprimento de um sexto da pena para o condenado ter direito à progressão, tal requisito é apenas o temporal. É indispensável que o apenado demonstre que merece a progressão e que está preparado para cumprir a sanção imposta em regime menos rigoroso, sem prejudicar os fins da pena³⁵⁵. Aduz Miguel Reale Junior que não se acolheu a orientação adotada em algumas legislações e defendida por parte dos doutrinadores, consistente em não fixar o quantum mínimo de cumprimento da pena para a transferência de regime e o livramento condicional. O arbítrio seria fonte de injustiças e revoltas com sacrifício dos objetivos da pena e da disciplina do ambiente penitenciário³⁵⁶.

Tratando-se de regime aberto, além do cumprimento de um sexto da pena e do mérito do condenado, é necessário observar se o condenado preenche os requisitos do artigo 114 da Lei de Execução Penal, ou seja, se o apenado está trabalhando ou se demonstra a possibilidade de vir a fazê-lo de imediato e, se apresenta, pelos seus antecedentes e pelo resultado dos exames a que se submeteu, fundados indícios de que se ajustará com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime³⁵⁷.

A lei de execução penal, lei nº 7.210/84, estabelecia que a obtenção de transferência de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso ficava condicionada a existência de alguns requisitos, que poderíamos classificar de materiais (cumprimento de um sexto da pena e mérito do condenado) e formais (exame criminológico quando necessário e parecer da comissão técnica de classificação). Um sexto da pena é a exigência de cumprimento de uma parcela da pena no regime anterior, no direito vigente, fixado em um sexto no mínimo. O legislador não estabeleceu se esse percentual deve ser considerado sobre a pena aplicada ou sobre o restante da pena a cumprir. Na primeira operação não há problemas, deverá ser sobre a pena aplicada e não sobre o saldo restante. Já na segunda operação é que poderia surgir alguma dúvida. Delmanto esclarece que, embora pareça que se desejou aludir ao total da pena e não a sua parte ainda não exaurida pela execução, na dúvida, a interpretação deverá ser a mais favorável, portanto um sexto do restante da pena³⁵⁸.

O mérito do condenado é a demonstração que o sentenciado deverá apresentar durante a execução da pena de que está apto para ser transferido para um regime menos

³⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...*15.^a ed., p. 525.

³⁵⁶ REALE JUNIOR, Miguel – *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 96-97.

³⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado...*15.^a ed., p. 526.

³⁵⁸ DELMANTO, Celso – *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 62.

rigoroso, que passou a ser comprovado com o denominado atestado de conduta carcerária³⁵⁹, para o recluso que ostente bom comportamento carcerário. É a capacidade, a aptidão, é a comprovação da existência de condições que façam presumir que o condenado está preparado para ir conquistando de maneira progressiva a sua liberdade, adaptando-se a um regime mais liberal, sem prejuízo para os fins da execução da pena. Tal simplificação procedimental da progressão permite a sua obtenção através de *habeas corpus*, pois não demanda dilação probatória, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 85.688.

A lei 10.763/03 acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 33 do Código Penal brasileiro, passando a exigir a reparação do dano ou a devolução do produto ilícito para que o condenado por crime contra a administração pública obtenha a progressão de regime. Bitencourt salienta que esse texto legal deve ser interpretado com ressalvas, isto é, com a visão de que as normas penais, em especial as restritivas, não podem ignorar o sistema jurídico em que se inserem, no caso, o princípio da individualização da pena que segundo a Constituição Federal do Brasil deve obedecer ao sistema progressivo e, além disso, visa a recuperação do condenado. Desta forma, tal previsão legal, da forma como consta do texto, pode inviabilizar a progressão de regimes, violando a Constituição brasileira³⁶⁰. Com efeito, a previsão acrescida pela lei 10.763/03 deve ser interpretada nos termos do artigo 83, IV, do Código Penal, que para obtenção do livramento condicional estabelece a obrigação de reparar o dano, “salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo”. Salienta Jorge de Figueiredo Dias que a ideia de atribuir à reparação do dano proveniente de um crime de “natureza especificamente sancionatória de caráter penal” vai buscar as suas raízes à doutrina positiva, segundo a qual deveria fazer-se da reparação uma verdadeira sanção (penal) reparatória. A reparação surgiria assim como um efeito penal da condenação, de arbitramento oficioso portanto, e teria critérios de medida que se não confundiriam com os critérios jurídico-civis, antes seriam de natureza predominante penal, fruto da específica função político-criminal que a um tal instituto era atribuído: a de colaborar na realização das finalidades próprias das sanções penais de cariz preventivo³⁶¹.

³⁵⁹ Salienta-se que os operadores penitenciários devem reger sua conduta sob o prisma de que o labor do dia-a-dia é contribuição essencial para salvar a humanidade. Tal salvamento só é possível se não atuarem sob a égide de um Direito que assenta na cura pela tortura e pela não subordinação à jurisdicionalização e restrição de quaisquer direitos dos reclusos. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 163.

³⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 26.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 660.

³⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português...**, pp. 77-78.

O exame criminológico e o parecer da comissão técnica de classificação foram retirados pela lei outrora mencionada, deixando, portanto, de ser exigidos para progressão de regimes, livramento condicional e indulto. Entretanto, por serem institutos importantes e por haver previsão na lei de execução penal merecem ser considerados. A realização de exame criminológico tem a finalidade de fornecer elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social para concretizar a individualização da pena através dessa classificação dos apenados³⁶². Everardo da Cunha Luna lembra que o exame criminológico não pode ser desprezado diante da tendência do Direito Penal Moderno em sobrepor ao velho problema da classificação dos crimes o novo problema da classificação dos criminosos, e ao velho problema da pena retributiva, o novo problema das classificações das penas e das medidas de segurança, colocando, desta forma, no centro dos interesses penais, a consideração da personalidade humana³⁶³. Para Hélio Tornaghi o exame criminológico é a perquirição dos antecedentes pessoais e familiares do condenado, sob os aspectos físico, psíquico, moral e ambiental, para a obtenção de informações reveladoras de sua personalidade³⁶⁴.

A Lei de Execução Penal, sem se preocupar com a controvérsia sobre o melhor momento processual para a realização do exame criminológico, optou por determinar a sua realização após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, só após declarada a culpa ou, se for o caso, a periculosidade do agente. O exame criminológico deverá ser realizado no centro de observação criminológica conforme previsão da Lei de Execução Penal. Apenas se inexistir centro de observação, deverá constituir-se de unidade autônoma ou anexa a estabelecimento penal, é que será admitida a realização do referido exame pela comissão técnica de classificação. O exame criminológico, que é uma perícia, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento de pena, a probabilidade de não cometer novos delitos, o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.

Hão de compô-lo, como instrumento de verificação, as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidência etc.); o exame clínico (saúde individual e eventuais causas mórbidas, relacionadas com o comportamento delinquencial); o exame morfológico (sua constituição somatopsíquica); neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletroencefálico (não só para a busca de lesões focais ou difusas de ondas sharp ou spike, mas de correlação – certa ou provável - entre alterações funcionais do encéfalo e o comportamento do condenado); o exame psicológico (nível mental, traços básicos da personalidade e sua

³⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**26.^a ed., p. 661.

³⁶³ LUNA, Everardo da Cunha – **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 354.

³⁶⁴ TORNAGHI, Hélio – **Instituições de Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 63.

agressividade); o exame psiquiátrico (saber se o condenado é uma pessoa normal ou portadora de perturbação mental); o exame social (informações familiares, condições sociais em que o ato foi praticado etc.)³⁶⁵.

Entretanto, não se deve privilegiar em excesso o exame criminológico, visto que consiste apenas em um meio de prova e a sua avaliação caberá sempre ao juiz da execução, que é livre para apreciá-lo. Significa que o juiz não está vinculado à conclusão a que chegarem os elaboradores do exame criminológico. Poderá decidir de maneira contrária ao que foi recomendado pelo exame, desde que fundamentada a sua decisão³⁶⁶.

A exposição de motivos do Código Penal brasileiro, no item número 34, preocupou-se em mencionar as diferenças entre o exame criminológico e o exame de personalidade. O projeto distingue o exame criminológico do exame de personalidade como espécie do gênero. A primeira parte do binômio delito – delinquente numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamaram os pioneiros da criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança, diferem quanto ao método esses dois tipos de análises, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico.

O exame de personalidade é atribuição da comissão técnica de classificação, que para realizá-lo, tem ampla liberdade na pesquisa de material, subsídios, elementos de informação, podendo entrevistar pessoas ou até mesmo requisitar elementos de informação sobre o condenado, tanto as repartições públicas, quanto a estabelecimentos privados. Além de proceder a quaisquer diligências que entender necessárias para o bom e fiel desempenho do exame referido³⁶⁷.

Para dissertar sobre a obrigatoriedade do referido exame criminológico é necessário conciliar dois diplomas legais que regulam de modos diversos a mesma questão. O Código Penal brasileiro determina a realização obrigatória do exame criminológico, no início do cumprimento da pena, tanto no regime fechado quanto no regime semiaberto. A Lei de Execução Penal, por sua vez, determina a realização do mesmo exame quando se tratar de regime fechado e faculta a sua realização quando o regime inicial for semiaberto. Essa suposta contradição, de que quando o regime inicial for semiaberto a realização do exame criminológico

³⁶⁵ PITOMBO, Sérgio de Moraes – **Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 315.

³⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**26.^a ed., p. 662.

³⁶⁷ *Idem*, p. 663.

será facultativa, não corresponde à melhor interpretação do ordenamento jurídico penal vigente³⁶⁸. Essa contradição é aparente há dois diplomas legais que regulam o mesmo tema. Um deles, o Código Penal, determina a realização obrigatória do exame criminológico quando o regime inicial de cumprimento de pena for semiaberto. Já a Lei de Execução Penal não proíbe a realização do exame, ao contrário, permite, embora não o obrigue, como faz o Código Penal. Também não impede que outro diploma legal de mesma hierarquia, determine a sua realização. O Código Penal ao regulamentar a matéria entendeu necessária e conveniente a realização obrigatória do exame criminológico, em ambos os regimes (fechado e semiaberto), para melhor individualizar a execução da pena e, assim, atender a esse postulado constitucional, visto que o diagnóstico criminológico está para a correta execução da pena privativa de liberdade assim como os exames clínicos e radiológicos estão para o tratamento dos pacientes da medicina. Portanto, se há dois estatutos legais regulando o mesmo assunto, um criando uma obrigação e outro uma faculdade, é evidente que prevalece a norma cogente, sem que se possa vislumbrar uma contradição ou mesmo a derrogação de um pelo outro. Um estatuto faculta, o outro determina, portanto cumpre-se a determinação³⁶⁹. Para melhor compreensão do assunto, deve-se lembrar o aspecto histórico-legislativo, isto é, os trâmites legislativos que precederam a aprovação do instituto em exame. O projeto de lei nº 1.656, de 1º de Julho de 1983, que deu origem à Lei nº 7.209, criava a obrigatoriedade do exame criminológico apenas para o regime fechado. Em relação ao regime semiaberto não havia a mesma determinação. O artigo 35 do referido projeto, na sua versão original, declarava que nesse regime, semiaberto, o condenado poderia ser submetido ao exame. Além disso, a exposição de motivos no item 31 menciona: “institui-se, no regime fechado, a obrigatoriedade do exame criminológico para seleção dos condenados conforme o grau de emendabilidade e consequente individualização do tratamento penal”. Na execução penal, individualizar significa dar a cada preso as melhores condições para cumprimento da sanção imposta. É conceder-lhe oportunidade e elementos necessários e suficientes para conseguir a sua reinserção social. A individualização deve ocorrer técnica e cientificamente. E, como a finalidade do exame criminológico é tornar possível essa individualização, era imperioso que se o estendesse ao maior número possível de sentenciados, visto que ele foi criado em benefício do condenado e não contra este³⁷⁰.

A reforma penal, preocupada com o direito individual, não descurou também da defesa social. Ao adotar a progressão, como instituto democrático e recomendável na

³⁶⁸ REALE JUNIOR, Miguel – **Penas...**, p. 77.

³⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratad...**26.^a ed., p. 664.

³⁷⁰ *Ibidem*.

recuperação do condenado, não podia deixar sem remédio a hipótese de que o condenado beneficiado pela progressão viesse demonstrar sua incompatibilidade com o novo regime depois, com graves prejuízos à defesa social e aos fins da pena. Previu então o instituto da regressão, ou seja, a transferência de um regime para outro mais rigoroso. O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para regime semiaberto ou fechado e o que cumpre em semiaberto poderá ser transferido para o regime fechado. A regressão está prevista como obrigatória, para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o sentenciado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação por crime anterior cuja pena somada ao restante da pena em execução torne incabível o regime atual³⁷¹.

Quando o condenado se encontra em regime aberto, poderá ocorrer a regressão também quando se frustra os fins da pena ou quando podendo não paga a multa. Em tais hipóteses, bem como nas quais pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, o condenado deve sempre ser ouvido antes. A Lei de Execução Penal estabelece como faltas graves o condenado à pena privativa de liberdade que: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir de forma indevida instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deve se relacionar ou inobservar as regras de execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Já pelo instituto da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Tal período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança cumpridas. A partir da Lei 12.736/2012 esse lapso temporal também será computado para efeitos de fixar o regime inicial de cumprimento de pena, já na sentença condenatória. O Código Penal brasileiro no artigo 42 é taxativo ao estabelecer o que pode ser descontado da pena privativa de liberdade e da medida de segurança. Conforme a norma do referido dispositivo, a detração penal pode ocorrer nas hipóteses de prisão provisória (prisão processual), ou seja, a prisão que pode ocorrer durante a fase processual, antes da condenação transitar em julgado. Hoje, no Brasil, há as seguintes hipóteses de prisão provisória: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente

³⁷¹ *Idem*, p. 658.

de sentença condenatória recorrível. Outra modalidade de prisão que poderá acarretar na detração penal é a prisão administrativa, que não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*, sem natureza penal, e pode decorrer de infração disciplinar, hierárquica ou de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a administração pública. Bitencourt salienta que mesmo com a revogação do artigo 319 do Código de Processo Penal, que disciplinava a prisão administrativa, ela continua sendo aplicada nas hipóteses de prisão nos quartéis militares, por indisciplina, bem como a prisão do extraditando enquanto aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça³⁷².

Com a Lei 12.736/2012, que acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 387 do Código de Processo Penal, prevê que o tempo de prisão administrativa também deve ser considerado na fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Desta forma, caso houvesse dúvida sobre a persistência da prisão administrativa, esse novel diploma legal a afastaria por completo. Internações em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico com finalidade terapêutica, também devem ser contemplados com a detração penal.

A Lei de Execução Penal, além disso, prevê o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, tendo a finalidade educativa e produtiva. O trabalho do preso é uma boa forma de ocupar o tempo do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão e na atualidade é um direito-dever do apenado e será sempre remunerado conforme o artigo 29. A jornada normal de trabalho não poderá ser inferior a 6 e nem superior a 8 horas diárias, com repouso aos domingos e feriados. A remuneração não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo e é assegurado aos detentos as garantias e todos os benefícios da previdência social, inclusive a aposentadoria, apesar de não ser regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, a remuneração obtida com o trabalho prisional tem destinação prevista na própria Lei de Execução Penal servindo para custear a indenização dos danos causados pelo crime desde que determinados por via judicial e não reparados por outros meios; assistência a família; pequenas despesas pessoais; ressarcimento do Estado pelas despesas realizadas com a manutenção do condenado; se houver, saldo remanescente deverá ser depositado em caderneta de poupança para formação de pecúlio, que será entregue ao condenado quando sair da prisão. Ademais, o condenado por crime político não está obrigado ao trabalho, bem como o preso provisório, todavia, caso trabalhem, terão os mesmos direitos dos demais presos.

³⁷² *Idem*, p. 666.

Nesta ideia de reinserção social, Anabela Miranda Rodrigues aduz que os direitos e deveres da administração penitenciária e do recluso coincidem. Na verdade, ao dever que lhe compete de recuperar o condenado corresponde o “verdadeiro bem” do sentenciado, pressuposto o livre desenvolvimento da sua personalidade, cuja proteção constitui garantia constitucional. O condenado, se, por um lado, é uma pessoa carecida de auxílio, deve ser visto, por outro lado, como um ser livre e responsável, que compete defender de agressões por parte da sociedade, quer sejam feitas em nome da sua defesa ou do próprio “bem” do sentenciado³⁷³.

A polaridade que assim se exprime no domínio das relações entre a administração penitenciária e o recluso é apenas expressão de um particular campo de tensão presente em toda a problemática social que a ideia de reinserção social pode suprimir se precisamente se entender como auxílio. Em outros termos, visando a reinserção social o desenvolvimento da personalidade e considerando, entretanto, a liberdade do homem que, ao menos, sempre estará como limite a essa atuação desenvolvida³⁷⁴.

Assim, têm-se o panorama das penas privativas de liberdade no Brasil desde sua instituição até o modelo aplicado hoje em dia, o sistema de cálculo de pena em conjunto com os métodos utilizados para sua individualização, bem como os institutos legais que regulam a progressão e a regressão entre regimes e demais atos utilizados para sua instrução. Ademais, demonstra-se a detração penal como ferramenta de diminuição da pena em sua fase processual e sua aplicação no âmbito da prisão processual e da prisão administrativa. Por fim, faz-se referência a previsão do trabalho do condenado na Lei de Execução Penal e os objetivos do diploma ao asseverar o caráter dignificante e de dever social, porém com fins voltados ao custeio do condenado e ressarcimento dos danos causados pelo crime. Diante disso, percebe-se a obsolescência da lei penal, uma vez que a norma não caminha ao mesmo passo que o desenvolvimento da sociedade e acarreta no enfraquecimento do intuito ressocializador da pena e, assim, faz-se necessária a análise da efetividade na manutenção dos Direitos Humanos durante a aplicação da pena privativa de liberdade.

2.3 Os Direitos Humanos frente à privação de liberdade

Quando se refere a Direitos humanos, remete-se aos movimentos revolucionários americanos e franceses. Entretanto, os pilares fundamentais relativos aos direitos humanos podem ter sido lançados há mais de dois mil anos. Pode-se considerá-los, portanto, como

³⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda – **A posição jurídica do recluso...**, pp. 85-86.

³⁷⁴ *Idem*, p. 86.

direitos humanos pré-revolucionários, vez que antecederam as revoluções americana e francesa. Conforme Gerhard Oestreich, os grandes pensadores do ocidente prestaram sua ampla colaboração na matéria, ou seja, na ordenação da sociedade humana e do mundo em seus aspectos ético, político e social. Os povos da Europa participaram nos diálogos, sempre renovados, sobre direitos humanos e liberdade. Os antigos filósofos e os pais da igreja primitiva, os escolásticos da alta e baixa Idade Média, os religiosos da modernidade, os filósofos da ilustração, os revolucionários e os conservadores: todos eles criaram e deram forma ao Direito Natural. Todas as suas teses foram empregadas na realização da grande ideia dos Direitos Humanos em situações concretas da Idade Moderna em conseguir seu reconhecimento jurídico no Direito Público e, por fim, no Direito Internacional. O sentimento da obrigatoriedade dos direitos fundamentais surgiu do direito natural cristão e do secular³⁷⁵.

O cristianismo primitivo, portanto, aquele que era de fato praticado até o início do século IV, antes que Constantino o tornasse a religião oficial do Império Romano, era composto por determinações humanitárias que eram seguidas de maneira fiel pelos cristãos. Após a união ocorrida entre o clero e o Estado, muitos dos preceitos humanitários fundamentais do cristianismo foram sendo esquecidos e contrariados, entretanto Oestreich mencione que a vinculação ao direito divino e natural, assim como aos bons “antigos direitos” consuetudinários e a retidão de consciência, tudo isso supunha uma barreira prévia para o soberano cristão, que ao mesmo tempo protegia os súditos. Desta forma, encontramos já no Estado testamental certas figuras jurídicas, que serviram de base para os direitos posteriormente denominados fundamentais. Tal opinião parece consolidar-se ao observar o desenvolvimento dos direitos na Inglaterra, país que renovou as liberdades garantidas na Magna Carta de 1.215³⁷⁶.

A Magna Carta *Libertatum* é considerada um dos mais importantes documentos medievais e foi editada a época do Rei João Sem Terra, com a finalidade de proteção contra os excessos praticados pela Coroa. Vários foram os direitos previstos em seus sessenta e três artigos, merecendo destaque o artigo 39:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares ou pela Lei da Terra.

³⁷⁵ OESTREICH, Gerhard; SOMMERMAN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos Humanos. La idea de los Derechos Humanos a través de la historia.** Madrid: Tecnos, 1990, p. 23.

³⁷⁶ *Idem*, p. 30.

A partir do advento do absolutismo monárquico, em especial o francês, de maneira gradual, os direitos humanos foram sendo relegados, fazendo despertar um movimento de busca dos direitos naturais, inerentes a todo ser humano. Isso fez surgir um dos movimentos mais emblemáticos da história dos direitos humanos: o Iluminismo. A partir do século XVI, alguns pensadores começaram a se opor à monarquia, a exemplo de John Locke. Tal movimento foi orientado em sua essência por questões de direito natural³⁷⁷.

Essa luta contra a tirania que atacava de frente os direitos humanos foi ramificada em quatro direções: I – a origem cristã dos direitos foi relegada cada vez mais a um segundo plano. O direito natural se descristianizou no transcurso de uma progressiva “deseologização” de uma cultura europeia, até alcançar um cunho inclusive anticristão e antirreligioso na época das luzes francesas; II – a doutrina jusnaturalista dos direitos começou a basear-se na razão humana e em sua autonomia ética, ao passo que se ia estendendo cada vez mais a secularização. Os direitos humanos se deduziram apenas da razão e das pessoas dela dotadas; III – o direito natural se voltou até o bem-estar e a dor do indivíduo isolado. O “indivíduo” descoberto no renascimento, tal qual a personalidade individual, revalorados pela reforma protestante, se converteram em categorias absolutas, ficando o Estado encarregado da tarefa de fomentar e garantir sua felicidade; IV – as opiniões políticas tendentes a afastar um Estado onipotente surgiram alentadas cada vez de maior consistência. A colocação em prática de ideias democrático-constitucionais, em especial as de colaboração cidadã no procedimento legislativo, o governo e a administração, se converteram em requisito inseparável dos direitos fundamentais³⁷⁸. Era o início da segunda etapa de evolução dos direitos humanos, considerados como de primeira dimensão (ou geração), ou seja, os direitos de liberdade, a exemplo da livre iniciativa econômica, da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, da liberdade de ir e vir, da liberdade política e religiosa, do livre arbítrio, dentre outros, que culminariam com o constitucionalismo liberal. Naquele momento, a doutrina contratualista serviu de base para o Estado, bipartindo-se, em dois grandes pactos, o pacto de soberania e o pacto social. O povo, através do pacto de soberania, considerado livre e independente, selava um acordo com o soberano, com a transmissão de certos poderes. Isso era feito para que se mantivesse a paz social. O governante soberano agiria em nome de todos, em busca do bem comum, evitando-se o caos. O outro pacto, denominado social, dizia respeito ao fato de que o homem, mesmo vivendo em grupo, organizado socialmente, salvaguardava seus direitos de liberdade e

³⁷⁷ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 19.

³⁷⁸ OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos**..., pp. 44 - 45.

igualdade, considerados inatos. Tais direitos não eram passíveis de renúncia, pois inerentes e indissociáveis da pessoa humana. Dessa forma, o povo, por um lado, se comprometia a obedecer um soberano, desde que esse respeitasse seus direitos naturais. Caso houvesse abuso por parte do poder, o povo com legitimidade poderia alegar o seu direito de resistência contra o ato tirânico³⁷⁹.

A primeira declaração de direitos humanos surgiu durante a revolução no território onde se localizavam as colônias da Nova Inglaterra. A Declaração de Virgínia, produzida em 16 de junho de 1.776, com dezesseis artigos, proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade, a obediência ao princípio da legalidade, além da liberdade de imprensa e da liberdade religiosa. Entretanto, a razão disso não foi a de proporcionar felicidade ao mundo, senão que se deveu a necessidades muito reais, já que os colonizadores americanos mantinham um conflito constitucional com a Inglaterra; assim, pelo fato de que pagavam impostos à Inglaterra, sem obter, em contrapartida, uma representação parlamentar em Londres, surgiu um movimento geral em prol da autonomia e liberdade política³⁸⁰. Independente da inegável importância do *Bill of rights* de Virgínia, bem como da Constituição Norte-Americana, embora tenha surgido em data posterior, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, produzida na França, teve o mérito de ser um documento de cunho universal, ou seja, a Revolução Francesa, ao contrário do que ocorreu com a Revolução Americana, era dirigida a toda a humanidade. Era uma bandeira em prol do ser humano, independente da sua origem, raça, cor, sexo, condição social. Em tais constituições liberais pode-se encontrar os chamados direitos humanos de primeira dimensão, vez que dizem respeito aos direitos humanos individuais. Vale ressaltar que a partir do instante em que esses direitos humanos receberam abrigo nos textos constitucionais, passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

A luta pelos direitos humanos, não se pode deixar de reconhecer, foi uma luta realizada pela burguesia, que tinha por finalidade o reconhecimento de uma série de direitos, por exemplo, a igualdade perante a lei, o direito de propriedade, o de liberdade etc. O resultado dessa luta foi o reconhecimento de direitos humanos de primeira geração³⁸¹. Entretanto, Gerhard Oestreich indaga:

Que aconteceu quando se produziu uma modificação na estrutura da vida econômico-social que abarcou todos os âmbitos restantes colocando em tela de juízo novamente a dignidade e a liberdade dos seres humanos de uma classe ou extrato social determinado? A Revolução Industrial do século XIX produziu essa modificação,

³⁷⁹ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.ª ed., pp. 20-21.

³⁸⁰ OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos...**, p. 55.

³⁸¹ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...**2.ª ed., p. 22.

colocando a ideia dos direitos humanos na e ante uma nova situação. Nas constituições aparecem aqui e ali uma nova categoria de direitos, relativos àquelas pessoas que se encontram dependentes somente de suas próprias forças produtivas durante a etapa de reestruturação econômica; quer dizer, os direitos relativos aos trabalhadores³⁸².

A partir dessa nova realidade social passam a surgir novas necessidades. Tais necessidades trazem à discussão, a seu turno, as exigências de reconhecimento de novos direitos humanos que passaram a ser considerados de segunda geração. São fundamentalmente os direitos sociais, culturais e econômicos. A classe trabalhadora que vivenciava um capitalismo selvagem era explorada e humilhada de forma arbitrária pelos empresários. Recebia salários injustos, trabalhava em demasia, não conseguia adquirir propriedades, portanto o abismo existente entre as camadas sociais era gritante. O século XIX foi marcado pelo reconhecimento de certos direitos sociais fundamentais nas constituições de vários estados, bem como na legislação infraconstitucional³⁸³. O *reich* alemão foi o primeiro Estado que reconheceu de forma exemplar a proteção dos trabalhadores mediante uma sucessão de leis, a partir de 1.883: Lei de Proteção em caso de enfermidade, acidente, invalidez e velhice. O direito de proteção social foi uma importante aportação alemã à ampliação do catálogo de direitos fundamentais que sobrevieram³⁸⁴.

A partir do movimento de reconhecimento desses direitos de segunda geração pretendia-se que o ser humano, que vivia em sociedade junto de seus pares, tivesse uma vida digna, tendo, portanto, direito à saúde, à educação, ao lazer, à habitação, à cultura, ao trabalho, a segurança social, enfim, direitos mínimos existenciais. Era o nascimento, portanto, do Estado Social, que nas lições de Mir Puig se o princípio que regia a função do Estado liberal era a limitação de ação do Estado, o Estado Social se erige a continuação em motor ativo da vida social. Se o Estado Liberal pretendia reduzir-se a assegurar as garantias jurídicas e, entretanto, meramente formais, o Estado Social se considera chamado a modificar as efetivas relações sociais. De Estado-árbitro imparcial, de Estado-guardião, preocupado sobretudo por não interferir no jogo social, passa de maneira progressiva ao Estado Intervencionista do qual advém o *welfare state*. Na história o Estado Liberal e o Social se encontram em relação dialética de tese e antítese. A substituição gradual do Estado Liberal pelo Intervencionista representou um progressivo relaxamento e um distanciamento das garantias liberais que acabam sendo vistas como “prejuízos burgueses” puramente formais, frente aos quais não tem porque retroceder a ação do Estado. Chega-se, desta forma, aos totalitarismos de esquerda ou de direita que vão

³⁸² OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos...**, pp. 65-66.

³⁸³ GRECO, Rogério – **Sistema prisional...** 2.^a ed., p. 23.

³⁸⁴ OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos...**, p. 70.

semeando o panorama político entra as duas guerras mundiais. Entretanto, isso não significa que o Estado Liberal e o Estado Social não possam convergir numa síntese. O Estado Intervencionista não implica de forma necessária numa concepção autoritária. O único essencial mesmo é a assunção de uma função de incidência ativa nas relações sociais efetivas, e esta função pode colocar-se a serviço não só de uma minoria ou de um discutível todo social, senão também um processo efetivo de cada um dos cidadãos. Desta forma, não resultará contraditório com esse Estado Social impor-se os limites próprios do Estado de Direito, também a serviço do cidadão, os quais poderão impedir que se desenvolva a tendência do Estado Social a um intervencionismo autoritário, que deixaria de servir aos interesses do particular³⁸⁵.

Com o passar dos anos, foram sendo descobertas novas necessidades fundamentais para a sociedade, fazendo surgir, desta forma, os chamados direitos de terceira e quarta geração. Embora, os direitos humanos de terceira geração se constituam numa categoria bastante heterogênea e vaga, conforme Bobbio³⁸⁶, podemos apontar, como direitos desta natureza, o direito ao meio-ambiente limpo, sadio, preservado e não poluído; o direito ao reconhecimento de patrimônios públicos universais, que ultrapassam as barreiras do próprio Estado; o direito a paz; o direito ao desenvolvimento; os direitos do consumidor.

A evolução tecnológico-científica foi importante para o reconhecimento dos direitos de quarta geração. A descoberta do genoma humano, marco desse momento histórico dos direitos humanos, passou a ser objeto de euforia e ao mesmo tempo de preocupação das sociedades pós-modernas. A possibilidade de sua manipulação, a clonagem humana, a criação de produtos transgênicos, as inúmeras facetas dessa importante descoberta fizeram com que as nações se mobilizassem no sentido de tentar normatizar a sua utilização. A Conferência Geral da UNESCO, em 1997, adotou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, reconhecendo que a pesquisa sobre o genoma humano e as aplicações dela resultantes abrem amplas perspectivas para o processo de melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo. Entretanto, enfatiza que tal pesquisa deve respeitar a dignidade, a liberdade e os direitos humanos, bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas³⁸⁷.

As sociedades, com significativas exceções, passaram a caminhar para um Estado considerado como constitucional³⁸⁸, pois que regido por constituições rígidas, cuja

³⁸⁵ MIR PUIG, Santiago – **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006, pp. 99-100.

³⁸⁶ BOBBIO, Norberto – **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

³⁸⁷ GRECO, Rogério – **Sistema prisional**...2.^a ed., p. 25.

³⁸⁸ Salienta Valente: “o regresso ao sistema político-jurídico de Estado segregador com fundamento de que Segurança é tudo (e é nada), ouvida a história recente da humanidade. Negar que todos somos seres humanos –

característica fundamental reside no fato de que só podem ser alteradas através de um procedimento qualificado de emendas, exercendo, outrossim, primazia sobre o ordenamento jurídico. Tal primazia faz com que todas as demais normas lhe devam obediência, não podendo, desta forma, contrariá-la, sob pena de serem retiradas desse ordenamento jurídico através de um controle de constitucionalidade, que é exercido em especial pelo poder judiciário. Além do Estado Constitucional, inúmeros países começaram a se voltar para um regime democrático. A fusão dessas duas características, ou seja, a de um Estado Constitucional com a de um Estado Democrático fez surgir a “Democracia Constitucional”, em rechaço a outra modalidade de democracia, denominada Majoritária ou Plebiscitária³⁸⁹. Ferrajoli, fazendo distinção entre esses dois modelos democráticos, ensina que na Democracia Majoritária ou Plebiscitária a democracia consistiria sobretudo na onipotência da maioria ou bem da soberania popular. De tal premissa seguem-se uma série de corolários: a desqualificação das regras e, em consequência, da divisão de poderes e das funções de controle e garantia da magistratura e do próprio parlamento; a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso; em síntese, o rechaço do sistema de mediações, de limites, de contrapesos e de controles que formam a substância daquilo que constitui, pelo contrário, o que podemos denominar “Democracia Constitucional”³⁹⁰.

A essência do constitucionalismo e do garantismo³⁹¹ reside no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio entre poderes, de limites, de forma e de substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações³⁹². Desta forma, nesse Estado Constitucional e Democrático de Direito é que encontraremos o fundamento de validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. É um Estado em que os

peças dotadas de dignidade humana -, inseridos em uma sociedade humana, é negar o ser humano e o valor da vida e da liberdade de cada um de nós e do próprio Estado, é convertê-lo em um não-Estado, ou em uma autoridade corrompida e ilegítima. Impõe-se contenção e moderação nas metodologias e medidas investigatórias que se desejam implementar para neutralizar *o fantasma do terrorismo*. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, V. 1, nº. 1, pp. 105-120, 2015. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 117.

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi – **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2003, p. 25.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ A defesa de um Direito penal garantista e humanista ocorre em razão da necessidade da tutela de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão dentro de uma ordem jurídico-constitucional legítima, válida, vigente e efetiva num contexto em que não exista qualquer crime impune ou vítimas indefesas, mas realizando-se a justiça através da descoberta da verdade material, judicial e válida. A responsabilização se estabelece em dignificar todo e qualquer ser humano: vítimas, agente (delinquente) e demais envolvidos na ação penal independente de raça, ideologia, religião.... VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo**...2.^a ed., p. 102.

³⁹² *Ibidem*.

direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Assim, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas³⁹³.

A partir do momento em que esses direitos humanos, conquistados e declarados ao longo dos anos, foram inseridos nos corpos das constituições de cada Estado, passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos formalmente nos textos constitucionais. Esse reconhecimento pode ser expresso, quando a constituição assim o declara ou pode ser implícito, oriundo de outro direito ou princípio fundamental³⁹⁴. Ferrajoli adota uma definição mais ampla de direitos fundamentais, uma vez que reconhece como nessa categoria aqueles previstos nos textos constitucionais bem como em qualquer outra norma jurídica positiva. Propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de direitos fundamentais, considerando como tal todos aqueles direitos subjetivos que correspondem de maneira universal a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de atuar³⁹⁵. Todavia, se por um lado o direito fundamental é formalmente reconhecido, por outro surge um instrumento para sua defesa, chamado de garantia fundamental, como ocorre com o *habeas corpus*, no Brasil destinado a garantir o direito de liberdade de ir, vir e permanecer. Desta forma, a proclamação desses direitos fundamentais deve ser o objetivo da sociedade para que busque o seu efetivo implemento, podendo se valer dessas garantias fundamentais, ou seja, de instrumentos legais destinados à sua defesa e que estão à disposição.

Deste modo, na atualidade, frente aos direitos humanos, conforme menciona Alejandro Ayuso Vivancos, a pena privativa de liberdade está em crise, podendo ser também a execução da pena privativa de liberdade. As ideias de readaptação social podem não ter prosperado no marco penitenciário. O mundo penitenciário é muito mais complexo, ressentido e falho do que clínicas, hospitais e laboratórios³⁹⁶.

Além disso, não há necessidade de que o preso seja espancado para que se configure um cumprimento cruel e desumano da pena. O próprio cumprimento da pena³⁹⁷, por si só, em

³⁹³ BOBBIO, Norberto – **A Era dos Direitos...**, p. 01.

³⁹⁴ OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter – **Pasado y presente de los Derechos...**, p. 26.

³⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi – **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 19.

³⁹⁶ AYUSO VIVANCOS, Alejandro – **Visión crítica de la reeducación penitenciária em España**. Valencia: Nau Llibres, 2003, p. 16.

³⁹⁷ Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues: “A atitude da sociedade perante aqueles que dentre os seus membros cumprem penas privativas de liberdade sofreu uma profunda modificação, sem que se possa ainda excluir, contudo, uma mal disfarçada surpresa quando a questão recai sobre ‘os direitos dos reclusos’. O longo e penoso caminho percorrido neste domínio viu-se por vezes atravessado por considerações atinentes ao tratamento penitenciário que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se então menos em presença de verdadeiros direitos do que de privilégios que podiam ser restringidos ou suprimidos ao livre arbítrio de uma administração ainda toda

locais inapropriados, insalubres, já pode configurar uma ofensa à dignidade da pessoa humana. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas determinou que o dever de tratar a pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão com respeito à dignidade inerente à pessoa humana é uma norma de aplicação universal. Os Estados não podem invocar a falta de recursos materiais ou insuficiência financeira como justificativa para um tratamento desumano. Os Estados são obrigados a fornecer, a todas as pessoas presas, serviços que satisfaçam suas necessidades essenciais³⁹⁸. Manuel Valente bem lembra que “os direitos humanos devem ser uma referência não só no quadro legiferante, mas também na interpretação e aplicação concreta do direito penal e do direito processual penal”³⁹⁹.

Neste sentido, nota-se um significativo aumento da sensibilidade social em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano. A consciência moral está mais exigente nesses temas. Essa maior conscientização social não tem ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de serem criminosos, são seres humanos. Um exemplo desse processo é o interesse da ONU pelos problemas penitenciários, chegando inclusive a estabelecer as famosas “regras mínimas” para o tratamento dos reclusos (Genebra, 1955). Vale a pena citar também os distintos pactos sobre direitos humanos, dentre os mais importantes: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Europeia para a Garantia dos Direitos Humanos; Pactos de Direitos Civis e Políticos, bem como os de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais um exemplo da crescente importância dos direitos humanos, embora pouco respeitados, sobretudo em relação à pena de prisão, é o trabalho da Anistia Internacional. Todo este ambiente de crescente conscientização tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo ainda mais para o debate sobre a crise dessa espécie de pena⁴⁰⁰. Desta forma, os Direitos Humanos são os Direitos efetivos a todos os cidadãos, já que são Direitos essenciais à pessoa humana. Por isso, o seu desenvolvimento e posituação no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰¹, português e mundial são de evidente importância. E este é

poderosa. Em última análise, preocupava-se esta com os direitos dos reclusos na medida em que via na sua regulamentação um fator relevante para o bom funcionamento da instituição carcerária”. RODRIGUES, Anabela Miranda – **A posição jurídica do recluso...**, p. 163.

³⁹⁸ FOLEY, Conor – **Combate a tortura: manual para magistrados e membros do Ministério Público**. Reino Unido: Human Rights Centre, University of Essex, 2003, p. 23.

³⁹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **O Estigma do Arguido...**, p. 113.

⁴⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado...**26.^a ed., pp. 155-156.

⁴⁰¹ A compatibilidade do direito brasileiro com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar de forma vertical as

um direito de todos, ricos, pobres, brancos, pretos, amarelos, inocentes, réus, policiais, ou seja, não existe quem não possua este Direito, pois ele abrange todas as pessoas, não importando, raça, credo e posição financeira⁴⁰².

Isto posto, de forma geral, a interpretação dos direitos humanos deve socorrer-se do chamado princípio da concordância prática, também denominado por princípio da harmonização, com o objetivo de coordenar e conciliar os bens jurídico-fundamentais em conflito. Assim, é possível evitar o sacrifício total de uns bens em detrimento de outros. Na verdade, se o exercício dos direitos e liberdades fundamentais fosse pura e simplesmente deixado ao livre critério do cidadão seria inevitável o surgimento de conflitos com os direitos fundamentais dos concidadãos entre si. Justo porque deste livre exercício surgiriam ingerências nos direitos fundamentais de outrem, tem de ser impostos limites ao seu exercício⁴⁰³.

Importa mencionar que o âmbito de proteção de um direito fundamental não legitima de maneira automática toda e qualquer conduta concreta que ocorra nesse âmbito de proteção. Menciona-se o exemplo do direito fundamental de proteção do domicílio: a declaração formal da inviolabilidade de domicílio representa uma proteção jurídico-fundamental do domicílio, porém esta não legitima a agressão ao cônjuge dentro do domicílio, a falsificação nele de moeda ou o mero ato de esconder drogas ou armas proibidas. O domicílio, enquanto âmbito de proteção, reporta-se a um espaço geográfico, mas dentro dele não é lícita toda e qualquer conduta. A privacidade do domicílio é suscetível de ingerências e limitações. O direito fundamental ao domicílio é protegido na sua função de oferecer abrigo, proteção e privacidade ao cidadão. A apreciação da legalidade ou não de uma conduta que ocorra dentro do domicílio também deve ser respondida com base na lei e em outros direitos fundamentais. Desde logo as normas do direito penal e do direito civil (se forem compatíveis com os demais direitos humanos ou fundamentais) também se aplicam no interior do domicílio, constituindo, então, limites. O direito fundamental de proteção do domicílio é sobretudo um direito orientado contra as ingerências do Estado⁴⁰⁴.

No Brasil, tem se visto que a realidade dos direitos humanos vem sendo esgarçada por uma série de fatores, entre eles a exclusão social. Semelhante a uma quimera política, esses

normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Já o controle de supralegalidade é a compatibilização das leis com os tratados internacionais “comuns” que se situam acima delas, por deterem *status* supralegal. MAZZUOLI, Valério de Oliveira – **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

⁴⁰² MORENO JÚNIOR, Waldemar – O garantismo no inquérito policial como segurança dos Direitos Humanos. *In: Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011, p. 128.

⁴⁰³ FRANCISCO DE SOUZA, António – **Para o âmbito de protecção...**, pp. 23-24.

⁴⁰⁴ *Idem*, pp. 35-36.

direitos grassam muito aquém do seu elementar referencial, já que o seu autêntico exercício se depara com óbices de acres superações. São questões deletérias que avassalam o organismo social, além de serem realidades lamentáveis que deprimem qualquer cidadão. Não constitui exagero afirmar que, neste ponto, a questão relativa aos direitos humanos, no Brasil, é bem mais delicada do que se imagina. Ela não envolve apenas o referencial jurídico, mas outras contextualizações indispensáveis à sobrevivência de qualquer sociedade. Daí a carência de se trabalhar políticas alternativas em termos desses direitos em suas esferas de atuação, inclusive a penal⁴⁰⁵.

Hoje em dia, os direitos humanos no Brasil ainda não sinalizam um resguardo aceitável, pois se encontra emaranhado num cipal de incertezas jurídicas de variados matizes. É singular o paradoxo existencial entre esses direitos e seu efetivo cumprimento, mais especificamente na produção das desigualdades em suas inúmeras verves. A transnacionalização dos direitos, o vertiginoso excluir social, o movimento globalizante⁴⁰⁶, a complexidade das relações estatais, as formas alternativas excludentes de conflito, os métodos de controle social e muitas outras contingências estão a exigir um novo protótipo de exercício dos direitos humanos em geral e sobretudo no direito penal⁴⁰⁷. É bom lembrar que a ausência de inclusão social provoca a perda da identidade dos excluídos, em especial num país cada vez mais globalizado. Isso ocorre numa relação de ambivalência indissociável e cada vez mais diretamente proporcional ao seu desenvolvimento. Aqui não reside, como à primeira vista poderia parecer, em uma contradição, mas uma tautologia. Os atuais meios de comunicação anulam as distâncias e as agressões patrocinadas em desfavor dos direitos humanos, no Brasil e em qualquer Estado, são vistas por todos em tempo real. Em sede desses direitos é preciso oferecer metas destinadas a pontuar esses desencontros, pois têm finalidades a desempenhar em

⁴⁰⁵ VELOSO, Kleber Oliveira – Direitos Humanos: Aspectos Penais Controvertidos. *In: Declaração universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011, pp. 85-86.

⁴⁰⁶ Nas lições de Canotilho: "A globalização internacional dos problemas ('Direitos Humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural de uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros Direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas ('cidade mundo', 'Europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana'). CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 445.

⁴⁰⁷ "Impõe-se um Direito penal subsidiário e fragmentário, que atue depois de outros institutos jurídicos serem experimentados na prevenção do delito e atuar somente na tutela dos bens jurídicos mais essenciais à convivência humana. Este pensar obriga a vigência de um direito penal que atua não porque a pessoa representa um perigo para a segurança cognitiva comunitária, mas porque aquela pessoa provocou um dano na sociedade com a sua conduta – emergente de uma lesão ou da colocação em perigo de lesão de um bem jurídico tutelado jurídico-criminalmente –, ou seja, inflingiu um mal e do qual deve ser responsabilizado como cidadão e não como uma coisa ou um animal". VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...** 2.^a ed., p. 58.

suas respectivas inserções sociais. É preciso respeitar a pessoa antes das convenções legais. Com a recente onda de ofensas a esses direitos surge a necessidade de se eleger métodos inteligentes, originais e alternativos, para redesenhar o seu figurino, protegendo-os e garantindo a sua fiel observância nas democracias, com ênfase especial ao Brasil⁴⁰⁸.

Na perspectiva aqui em análise, presta colacionar que os direitos humanos e o direito penal, representam o atuar político do Estado. Em outro espectro desses direitos, o Brasil desenha um provável exemplo marcante do seu subdesenvolvimento, pois não há uma autêntica política na sua formação político-jurídico-social, malgrado haver investimentos de desejo que sejam melhores modelados e propagados. É provável que o fracasso do Brasil, em sede de aplicação dos direitos humanos, esteja diretamente relacionado a fatores de várias ordens. Tais direitos se perdem no singrar legislativo, mas renascem pelo rigor que os juristas lhe emprestam no exercício de suas observações e práticas, pinçadas nas leis, nas doutrinas e na jurisprudência. Acredita-se que em virtude dessas praxes de diversos caminhos, surge o crime organizado, a corrupção e muitas outras mazelas que estropiam o país. É bom não perder das vistas que o fator que se projeta nesse ramo jurídico especializado não é o ideológico, mas o desenho dos seus reais limites, pois já se provou não ser muito duradouro permanecendo na maioria das vezes no papel⁴⁰⁹.

Por sua vez, os direitos humanos pós-modernos têm como foco principal a preservação da liberdade e a efetivação da igualdade das pessoas, fortalecidas no contexto jurídico-social. Visar-se-á o manejo da sociedade rumo aos seus ideais liberais, com o despertar dos valores democráticos. Em outros termos, o grande desafio desses direitos, nessa era pós-modernista, reside em fazer deles autênticos instrumentos destinados à sua realização plena do respeito à dignidade da pessoa humana e a sua preservação em todos os níveis⁴¹⁰. Desta forma, as penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e devem tender para a reeducação do condenado⁴¹¹.

Neste contexto jurídico-social, o direito processual penal⁴¹² é o direito por excelência dos inocentes e transformou-se no direito do culpado por excelência. A

⁴⁰⁸ VELOSO, Kleber Oliveira – Direitos Humanos: Aspectos Penais Controvertidos. *In: Declaração universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011, pp. 87-88.

⁴⁰⁹ *Idem*, pp. 98-99.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ PALAZZO, Francesco – *A evolução...*, p. 45.

⁴¹² A evolução do Processo Penal está relacionada de maneira íntima com a evolução da pena, que é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período. O processo surge como terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como pena estatal, que vem marcada por uma limitação jurídica do poder perseguir e punir. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima – *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 4.

estigmatização do inocente como “delinquente” ou “criminoso” inicia-se antes de ser acusado, de ser julgado e de ser absolvido ou condenado, ou seja, antes de terminar o processo criminal, portanto, antes do trânsito em julgado. A estigmatização do delinquente e de mau feitor aumenta se o suposto agente do crime for um elemento policial. À estigmatização e à proscrição profissional acrescenta-se a estigmatização social e a estigmatização jurídica com o agravamento ou a qualificação do tipo legal de crime. Se de um lado se exige o respeito dos direitos humanos para todos que são indiciados ou arguidos em um processo crime, por outro, essa exigência diminui quando o suspeito da prática de um determinado crime é um elemento policial ou se for um reincidente⁴¹³.

Além disso, o arguido ou o indiciado sofre uma tripla estigmatização. Em um primeiro momento, da polícia submersa num pensamento cognitivo e prático e age segundo as meta-regras policiais que podem conduzir a um final nada coerente com a verdade material judicialmente válida, ou seja, a entrega ao poder judiciário um culpado e não o culpado; em um segundo momento, a imprensa cria um estigma não só sobre o indivíduo que foi detido pela polícia, mas também esse estigma de delinquente recai sobre a família, sobre o bairro, sobre a religião, sobre a raça, sobre determinada classe social; e num terceiro momento, a sociedade passa a olhar para aquele ser humano como um delinquente, estigmatizando-o⁴¹⁴.

A estigmatização do arguido ou do indiciado como o culpado do crime em investigação pode conduzir a um tratamento violador dos direitos humanos por parte de quem está obrigado a investigar, acusar e julgar. Essa percepção cognitiva condiciona a formação da convicção jurisdicional e promove um tratamento desigualitário na aplicação da lei penal. Assim, tal estigmatização viola os direitos humanos que são inerentes a todo cidadão⁴¹⁵.

Para mais, o tratamento penitenciário pressupõe ideias claras e precisas sobre o que se pretende atingir e que existam meios disponíveis para permitir implementar e alcançar os objetivos. Os meios são materiais e humanos: os meios materiais são insuficientes e a política criminal deixa muito a desejar. A questão dos meios humanos coloca-se em dois planos: na falta de formação e na insuficiência do número de guardas, técnicos qualificados e funcionários. Não existe evidência de significativa falta de formação inicial. A formação é hoje um fenômeno dinâmico, que requer constante atualização, para evitar a cristalização de conhecimentos e fazer face a um mundo em constante mutação. No campo da formação contínua percebe-se falhas, emergentes da falta de meios para a realizar e de uma cultura que privilegia sobretudo o saber

⁴¹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **O Estigma do Arguido...**, pp. 108-109.

⁴¹⁴ *Idem*, pp. 109-110.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 116.

emergente da experiência e desconsidera a aquisição de novas competências por via do ensino. Também pode ser melhorada a preparação de alguns técnicos responsáveis por programas estruturados e atividades laborais e de formação profissional⁴¹⁶.

Já a falta de meios humanos pode considerar-se crônica e estrutural, na medida em que se verifica há vários anos e é previsível que se prolongue por muitos outros devido à débil situação financeira de Portugal e do Brasil, potencializando a hipertrofia prisional. É mais premente a falta de guardas prisionais, mas a situação também se estende à falta de outros funcionários e técnicos. Não tendo a notoriedade pública da insuficiência de guardas prisionais, é muito significativa a falta de técnicos para acompanhar e executar o tratamento penitenciário. A falta de guardas prisionais não origina apenas problemas de segurança. A inexistência de elementos da vigilância suficientes gera um conjunto amplo de consequências negativas, sendo que a menos óbvia é a redução de atividades disponíveis para os reclusos. Outrossim, impede um controle eficaz sob diversas atividades ilícitas que ocorrem nas cadeias, como sejam o tráfico e a violência entre os reclusos. A situação atual, na maior parte dos estabelecimentos prisionais, pode descrever-se através da adaptação de um provérbio popular: “para lá do gradão, mandam os que lá estão”⁴¹⁷.

Neste sentido, há um déficit muito substancial de técnicos qualificados que participam no tratamento penitenciário, em especial de técnicos superiores de reeducação. Em consequência, verifica-se que cada técnico tem um número exagerado de reclusos a seu cargo e, a partir disso, resulta em um deficiente acompanhamento dos reclusos. Esse circunstancialismo tem um especial impacto negativo nos reclusos com elevadas necessidades ressocializadoras, ou seja, em específico os das problemáticas criminais mais relevantes e que de preferência carecem de intervenção técnica. Em vez de uma intervenção sistematizada e individualizada, temos um sistema que depende da boa vontade e especial empenhamento dos técnicos para ultrapassar as suas insuficiências, o que se consegue apenas em alguns casos. Para além disso, verifica-se um excesso de funções administrativas a cargo dos técnicos e em geral todas as categorias funcionais se dispersam por atividades que são alheias à sua formação profissional e às suas competências. É uma problemática transversal ao sistema prisional: não se respeita o princípio da especialização de competências e são, de maneira frequente, ultrapassados os limites de cada saber. É rotineiro ver guardas prisionais cuidando da medicação

⁴¹⁶ BOAVIDA, Joaquim António Lourenço – **A Flexibilização...**, pp. 273-274.

⁴¹⁷ *Idem*, pp. 274-275.

dos reclusos ou assistentes técnicos a apoiar presos em assuntos jurídicos ou outros sem qualquer conexão com as respectivas funções⁴¹⁸.

Por derradeiro, necessário salientar que não se apregoa a extinção das penas privativas de liberdade que são necessárias e úteis para uma determinada criminalidade, para determinado tipo de delinquente e para o convívio social harmônico. A inquietação está na aspereza de sua aplicação sistemática e o pequeno recurso às medidas alternativas de privação de liberdade inscritas nos códigos penais atuais⁴¹⁹. Vive-se o tempo do Direito penal do Ser Humano se afirmar enquanto muralha intransponível frente aos atentados aos direitos humanos, tempo de reafirmar o Direito processual penal enquanto Direito por excelência dos inocentes⁴²⁰.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 275.

⁴¹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º. 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>, p. 155.

⁴²⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do Inimigo...**2.^a ed., pp. 23 e 61.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, mister salientar que a presente pesquisa não possuiu a intenção de exaurir o tema, diante da vastidão do assunto e das problemáticas envolvidas. No entanto, objetivou-se contribuir com uma nova perspectiva sobre tal assunto, através da análise comparativa das penas privativas de liberdade em Portugal e no Brasil, haja vista a influência do Direito Português desde os primórdios da sociedade brasileira.

Neste diapasão, a convergência histórica do direito de ambos países faz necessária a comparação de um ramo tão significativo do ordenamento jurídico, como o é o direito penal. Assim, elucidando de maneira clara como cada Estado construiu o instituto das penas privativas de liberdade, dentro do direito penal e, em consequência, passou a aplicá-las na contemporaneidade.

Destarte, no primeiro capítulo realizou-se a construção dos conceitos do Direito Penal, contrapondo suas funções, de forma global, através de dois planos: o primeiro, que visa garantir a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade; e o segundo, que reage no caso concreto contra a violação ao ordenamento jurídico-social, impondo uma pena correspondente. Elaborou-se a o reexame da finalidade das penas impostas, através de um panorama histórico desde sua aurora na sociedade humana, quando se originou como consequência da chamada vingança privada, perpassando pela edição do Código de Hamurabi onde se teve as primeiras noções de proporcionalidade, ainda que superficial, no conceito de justiça, para desembocar na reivindicação para si, pelo Estado, da responsabilidade de solucionar os conflitos e, também, aplicar a pena correspondente ao mal praticado. Além disso, revisitou-se a recolocação do ser humano enquanto indivíduo, e não mais como objeto, através da racionalidade proporcionada pelo período iluminista. Ademais, abordou-se as funções atribuídas às penas através da análise das teorias absolutas, que reconhecem que a pena deve ter caráter retributivo; e as teorias relativas, que defendem o caráter preventivo da pena. Sobre esta última, analisou-se, ainda, os enfoques da prevenção geral e da prevenção especial. Fora aventada também a teoria mista, a fim de recolher os aspectos mais relevantes das teorias relativa e absoluta. Ainda, abordou-se a construção dos princípios que regem as penas, a fim de delinear a intervenção Estatal em direitos elementares e assegurar o caráter de *última ratio* que tal intervenção deve ter. Assim, abordou-se o princípio da legalidade ou da reserva legal, o princípio da humanidade e o princípio da proporcionalidade. Abordou-se a evolução da pena de prisão ao tratar-se da historicidade de sua aplicação em instituições que emergem da antiguidade ao modelo contemporâneo. A construção do primeiro capítulo deságua na análise

do da individualização da pena no Estado Democrático de Direito através da aplicação contemporânea desse instituto em julgados no Brasil.

Em sequência, no segundo capítulo, examinou-se as penas privativas de liberdade em Portugal, onde surgiram apenas como modalidade de cumprimento de pena na segunda metade do século XVIII. Ademais, analisou-se a evolução do ordenamento jurídico português a fim de contextualizar as modalidades de cumprimento de pena dentro do sistema político-social de cada época e explicitou-se princípios basilares que norteiam a aplicação da pena, como o princípio da legalidade, a presunção de inocência, o princípio da congruência, a proibição do excesso e a proporcionalidade. Neste diapasão, verificou-se a fundamentação das decisões judiciais como axioma do Estado Democrático de Direito e, em consonância com o entendido no Brasil, a pena, em Portugal, também é compreendida como o meio pelo qual o condenado buscará a ressocialização, sendo assim um dever do Estado fornecer os meios e condições adequados para ajuda, solidariedade e bem-estar para que os apenados sejam reinseridos na sociedade. Ademais, discorreu-se sobre as modalidades de penas que podem ser aplicadas no caso concreto, como elas são organizadas, quais os regimes de cumprimento, como se auferem a progressão e a regressão de regime e, para análise, dividiu-se as penas em três grandes grupos: as penas principais, as penas acessórias e as penas de substituição. Após, analisou-se o cenário brasileiro de aplicação das penas privativas de liberdade e, para isso, construiu-se o panorama histórico que abordou, de início, os aspectos da cultura indígena no momento da colonização e a posterior influência das Ordenações do Reino, em especial seu livro V. Assim, progrediu-se o estudo desde o período de descobrimento, quando vigoravam as Ordenações Afonsinas, transcorrendo pelas Ordenações Filipinas, as quais tiveram maior aplicação no país, e pelo Código Criminal do Império, até a ascensão do Código de Direito Penal e do Código de Processo Penal, os quais tem aplicação mais atual. Ainda, analisou-se a crise da pena de prisão, a qual em seu núcleo a descrença de que tenha, de fato, algum efeito positivo sobre o apenado.

Por fim, analisou-se a construção dos Direitos Humanos desde sua aurora até confrontá-lo com a manutenção das penas privativas de liberdade. Assim, pode-se concluir que em ambos países há falhas na efetiva garantia de tais direitos, em razão da obsolescência de meios materiais e humanos, dentre outros componentes da estrutura carcerária. Além disso, percebeu-se que a debilidade estatal no efetivo cumprimento dos Direitos Humanos perpetua a desigualdade em diversos ramos da sociedade e que, enquanto tal excluir social apresentar-se em ascensão, de maneira em especial em países cada vez mais globalizados, caberá aos aplicadores do direito, durante suas *práxis*, suprir essas lacunas do agir Estatal, uma vez que a

legislação penal e processual penal, bem como a realidade do cumprimento dos direitos fundamentais, não acompanha a evolução social encontrada tanto em Portugal quanto no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Maria João - **Penas e Medidas de Segurança**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7227-2.

AYUSO VIVANCOS, Alejandro – **Visión crítica de la reeducación penitenciária em España**. Valencia: Nau Llibres, 2003.

BECCARIA, Cesare - **Dos delitos e das penas**. 5.^a ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. ISBN 978-972-31-0816-3.

BETTIOL, Giuseppe - **Direito Penal**. Volume 1. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo - **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008. ISBN 978-85-89919-56-2.

BITENCOURT, Cezar Roberto - **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 15.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ - **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08610-4.

_____ - **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-85-536-1526-1.

BOAVIDA, Joaquim António Lourenço - **A Flexibilização da Prisão: da reclusão à liberdade**. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7349-1.

BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1.

BONAVIDES, Paulo - **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____ - **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. - Pena y Estado. *In: bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARRARA, Francesco - **Programa de Derecho Criminal**. V.1. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel – **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4205-3.

_____ – **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Volume II. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4205-3.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta - **Derecho penitenciário**. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CERVINI, Raúl - **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COBO DEL ROSAL, H., VIVES ANTÓN, R.S. - **Derecho Penal**. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal**. Volume II. Coimbra: Almedina, 1971.

CUELLO CALON, Eugenio - **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1958.

DEBORD, Guy - **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. ISBN 978-85-85910-17-4.

DELMANTO, Celso - **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas editorial notícias, 1993. ISBN 972-9485-17-8.

DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da - **Criminologia: O homem delinquent e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

DURKHEIM, Émile - **Las reglas del método sociológico**. Espanha: Morata, 1978.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉRES CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura - **Manual de derecho penitenciário**. Salamanca: Editorial Colex, 2001.

FERRAJOLI, Luigi - **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2003. ISBN 978-849-879-005-4.

_____ - **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.^a ed. Madrid: Trotta, 2009. ISBN 978-848-164-436-4.

FERRI, Enrico - **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

_____ - **Sociología Criminal**. Madrid: Reus, 1908.

FOLEY, Conor - **Combate a tortura: manual para magistrados e membros do Ministério Público**. Reino Unido: Human Rights Centre, University of Essex, 2003.

FOUCAULT, Michel - **Vigiar e punir**. 23.^a ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

_____ – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014. ISBN 978-85-326-0508-5.

FRAGA, Luis Alves de – **Metodologia da Investigação**. Lisboa: Abdul's Angels, 2017. ISBN 978-972-8973-49-0.

FRANCISCO DE SOUSA, António - Para o Âmbito de Protecção dos Direitos Fundamentais. *In: Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Lisboa: EDIUAL, 2011. ISBN 978-989-8191-24-3.

FRANCO, Alberto Silva - **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____ - **Crimes Hediondos**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães - **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 16.^a ed. Niterói: Impetus, 2014. ISBN 978-85-7626-743-0.

_____ - **Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas**. 2.^a ed. Niterói: Impetus, 2015. ISBN 978-85-7626-809-3.

GUZMAN, Luís Garrido - **Manual de Ciencia Penitenciaria**. Madrid: Edersa, 1983.

HASSEMER, Winfried - **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____ - **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco - **Introducción a la criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

JESCHECK, Hans-Heinrich - **Tratado de Derecho Penal**. V.1 e 2. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

KANT, Immanuel - **Fundamentación metafísica de las costumbres**. 7.^a ed. Madrid: Espasacalpe, 1983.

KAUFMANN, Hilde - **Principios para la reforma de la ejecución penal**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade - **Fundamentos de metodologia científica**. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 85-224-3397-6.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima - **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha - **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

LYRA, Roberto - **Comentários ao código penal**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MARQUES DA SILVA, Germano – **Regime jurídico-penal dos cheques sem provisão**. Lisboa: Principia, 1997. ISBN 972-97457-3-0.

MARTINEZ, Milton Cairolí - **Curso de Derecho Penal uruguayo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz - **Derecho Penal**. Trad. Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo - **Cárcel y fabrica: los orígenes del sistema penitenciario**. 2.^a ed. México, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira - **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILLER, Jacques - Alan - **O Panóptico: A máquina panóptica de Jeremy Bentham**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MIR PUIG, Santiago - **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: PPU, 1985.

_____ - **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006.

MORENO JÚNIOR, Waldemar - O garantismo no inquérito policial como segurança dos Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Lisboa: EDIUAL, 2011. ISBN 978-989-8191-24-3.

MUÑOS CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García - **Derecho Penal**. Parte General. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____ - **Lecciones de Derecho Penal**. Sevilla, 1991.

OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter - **Pasado y presente de los Derechos Humanos. La idea de los Derechos Humanos a través de la historia**. Madrid: Tecnos, 1990.

OLIVEIRA, Edmundo - **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALAZZO, Francesco - A evolução do sistema sancionatório em Itália. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. Ano 6, n.º 1 (Janeiro - Março 1996).

PEÑA MATEOS, Jaime - **Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta al siglo XVII: História de la prisión**. Madrid: Edisofer, 1997.

PIERANGELLI, José Henrique - **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Editora Jolovi, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro - **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PITOMBO, Sergio de Moraes - **Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

POLA, Giuseppe Cesare - **Commento ala legge sulla condanna condizionale**. Torino: Fratelli Bocca, 1905.

PRADO, Luiz Régis - **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Volume 1. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-2211-5.

REALE JUNIOR, Miguel - **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RIBEIRO, Aquilino – **Cinco reis de gente**. Lisboa: Bertrand Editora, 1984.

RODRIGUES, Anabela Miranda - **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: Método, 2000.

ROXIN, Claus - **Derecho Penal**. Parte General. t. I. Madrid: Civitas, 1997.

_____ - **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Grego. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-528-8.

_____ - **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

_____ - Sentido e limites da pena estatal. *In*: **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Veja universidade, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos - **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

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

SAUER, Guillermo - **Derecho Penal**. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

STRECK, Lênio Luiz - A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**. Ano XXXII. n.º 97 (Março 2005).

TORNAGHI, Hélio - **Instituições de Processo Penal**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **A polícia do Estado Democrático e de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. ISBN 978-85-68972-38-0.

_____ - **Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-677-42.

_____ - **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso**. 2.ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. ISBN 978-85-8493-124-8.

_____ - **Do Mandado de Detenção Europeu**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2931-X.

_____ - **Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano**. Lisboa: UCE, 2013.

_____ - O Estigma do Arguido ou do Indiciado. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Lisboa: EDIUAL, 2011. ISBN 978-989-8191-24-3.

_____ - Os Direitos Humanos no Direito Penal Reintegrador: A afirmação do Direito Penitenciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 76, jul-dez, pp. 145-168, 2012. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>

_____ - Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, V. 1, n.º 1, pp. 105-120, 2015. [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>>.

_____ – Segurança: bem jurídico supranacional. *In: JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 3, nº. 2, pp. 75-90, 2012(outono 2012). [Em linha]. [Consult. 26 maio 2021]. Disponível em: <http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art4.pdf>

VELOSO, Kleber Oliveira - Direitos Humano: Aspectos Penais Controvertidos. **Declaração universal dos Direitos Humanos**. Lisboa: EDIUAL, 2011. ISBN 978-989-8191-24-3.

VON LISZT, Franz - **Tratado de Direito Penal alemão**. t.I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1889.

WELZEL, Hans - **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

YACOBUCCI, Guillermo - **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **Manual de Derecho Penal**. Parte General. 6.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

Documentos

BRASIL – Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (5-10-1988). [Em linha]. [Consult. 20 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____ – Presidência da República. DECRETO-LEI n. 2848. **Código Penal**. (07-12-1940), p. 2159. [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

_____ – Presidência da República. Lei 7.210 de 1984. **Lei de Execução Penal** [Em linha]. [Consult. 13 ago. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

PORTUGAL - DL n° 48/1995 de 15 de março. **Código Penal**. [Em linha]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

_____ - DL n° 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

_____ - Lei n° 115/2009 de 12 de outubro. **Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2020]. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>.