

## AS PENAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE PERANTE O NOVO CÓDIGO PENAL E A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS.

*Licínio Leal Barbosa\**

### RESUMO

Partindo do Direito Romano, o mestre enfoca a matéria tendo em vista a legislação e no âmbito do Direito Penitenciário, do Código Penal de 1984 e da Lei de Execuções Penais.

### 1. INTRODUÇÃO

As penas privativas da liberdade têm, como sanção penal, autônoma, raízes na Idade Média. As civilizações mais remotas não as conheceram. No Direito Penal mais antigo, v. g., o romano, não eram conhecidas estas espécies de sanções. As penas mais comuns eram a pena de morte, compreendendo várias modalidades: a **vivicrematio**, a **condemnatio ad bestias**, o empalamento; as penas corporais, a tortura, a infâmia, a perda da paz, etc. A prisão do acusado era, na infância do Direito Penal, mero interregno acautelatório para aplicação segura da pena capital ou dos castigos corporais. Como o prolongado encarceramento do criminoso muita vez já constituía reprimenda suficiente para retribuir a gravidade da infração penal praticada, foi-se delineando na mente dos governantes a idéia de transformar-se esse encarceramento provisório em pena definitiva.

Coube a Luitprando, rei dos Lombardos, lá pelo ano 720 da era cristã, baixar o primeiro edito de que se tem notícia, modernamente, preservando "prisão de dois a três anos por furto"; bem assim ao imperador

---

\* Livre-Docente e Professor Titular de Direito Penal – Faculdade de Direito – UFG/UCG.

Carlos Magno, cominando "penas de prisão por tempo indeterminado" (Anibal Bruno, in "Dir. Penal", vol. I, tomo 3º, pág. 61, nota 9, Forense, 1962).

Somente em fins do século XVII e primórdios do século XVIII é que as prisões celulares apareceram e se difundiram, na Europa, e, daí, para as demais partes do planeta.

Coube a Felipe Franci, na Itália, criar, em 1677, na cidade de Florença, a primeira prisão celular, no que foi seguido, em 1703, pelo Papa Clemente XI, que implantou, em Roma, o primeiro estabelecimento com características penitenciárias. Era o "Hospício de São Miguel", que, apesar do nome, se destinava a criminosos mentalmente sãos.

As penas privativas da liberdade devem ser cumpridas de tal sorte que atinjam os dois objetivos fundamentais preconizados pelos corifeus das doutrinas **absolutas** e **relativas**, que se fundiriam nas doutrinas **mistas**: **punitur quia peccatum ut ne peccetur**. Isto é, guardando as características de retribuição e de prevenção, geral e especial, de que cuidam Kant, Feuerbach e Rossi.

Apesar das melhores intenções de seus idealizadores, os estabelecimentos prisionais, onde são cumpridas as penas privativas da liberdade, têm apresentado, ao longo de sua existência, toda a sorte de inconvenientes. Dentre estes, a promiscuidade, a superlotação, a atrofia da aptidão para a vida em liberdade, as inversões sexuais, a ociosidade, a carência de higiene, a brutalidade como rotina. Essa calamidade penitenciária foi, lapidarmente, sintetizada, entre nós, pelo saudoso penalista Teodolindo Castiglione, em página memorável:

"Imaginal uma grande prisão, em que moços e velhos vivam em promiscuidade; criminosos primários e reincidentes; trabalhadores honestos segregados do convívio social em virtude da irreflexão ou fraqueza de um momento, e vagabundos estéreis calejados na senda do crime; homens que medem a extensão de sua desgraça ao lado de outros, de uma inconsciência pasmosa; indivíduos sensíveis que mataram, em uma passageira explosão emocional, seres que amavam, e que definham castigados pelo remorso, e oram nas ocasiões de recolhimento espiritual, ou tentam contra a própria vida em momentos de angústia, convivendo com facínoras monstruosos, que dormiam tranquilos logo depois de terem trucidado as suas vítimas; pessoas facilmente sugestionáveis que, em lugar de uma educação apropriada que lhes poderia fornecer benefícios, recebem o influxo pernicioso de delinquentes decididos a prolongar a sua conduta nociva; assassinos, ladrões, estelionatários, falsários, incendiários, estupradores, criminosos de

todos os tipos, vencidos pela prepotência do impulso sexual, entregues à prática de atos aviltantes, ou subjugados pelo assalto feroz dos mais fortes e atrevidos; todos vivendo no mesmo ambiente, na mesma estufa, em que o micróbio do mal se desenvolve, multiplica e rebaixa".

E arremata, categórico, o inolvidável mestre:

"Prisões assim não educam, corrompem; não diminuem, aumentam os reincidentes; não elevam a conduta de criminosos, – rebaixam, aviltam; não robustecem a força moral que, pequena que seja, se esconde em todos os homens; dificultam uma possível recuperação; não preparam uma reintegração harmônica na sociedade e, por vezes, chegam a esfacelar a personalidade do delinqüente" (Teodolindo Castiglione, in "Os Estabelecimentos Penais Abertos", págs. 8, 12/14, Saraiva, SP, 1959).

Essa constatação, que é, por igual, de todos os penalistas modernos, tem-nos levado a sugerir, em trabalhos doutrinários e propostas legislativas, uma série sistêmica de medidas alternativas, visando ao eficiente combate à criminalidade.

## 2. REVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O legislador brasileiro sempre esteve atento à previsão das penas privativas da liberdade. Nosso primeiro Código Penal, o Código Criminal do Império de 1830 estabeleceu três espécies de penas privativas da liberdade: a pena de prisão perpétua, com ou sem trabalho; a pena de prisão, igualmente com ou sem trabalho; e a pena de prisão simples (arts. 33 **usque** 64).

Já o primeiro Código Penal republicano, de 1890, cominou, no art. 43, dentre outras espécies, quatro categorias de penas privativas da liberdade: a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório, e a prisão disciplinar. Tratamento que a Consolidação das Leis Penais manteria, igualmente no art. 43.

Com o advento da era getuliana, e a reforma dos estatutos normativos, foram promulgados o novo Código Penal de 1940, e a Lei das Contravenções Penais de 1941, que entrariam em vigor, simultaneamente, a 1<sup>o</sup> de janeiro de 1942. O Código Penal disciplinou a matéria no art. 29, dividindo as penas privativas da liberdade em reclusão e detenção. Por sua vez, a Lei das Contravenções Penais estabeleceu que a pena privativa da liberdade aplicável a um contraventor é a prisão simples, – que deve ser cumprida sem

rigor penitenciário, **ex vi** de seus arts. 5º e 6º, facultado o trabalho, "se a pena aplicada não excede a quinze dias" (art. 6º, § 2º).

No Cód. Penal de 1969, mantendo, embora, a dicotomia (reclusão e detenção) quanto às penas privativas da liberdade, preconizou-se que a reclusão e a detenção deveriam ser cumpridas em estabelecimentos penais **fechado e aberto** (arts. 36 **usque** 43), de acordo com a quantidade da pena aplicada, e a personalidade do condenado.

Alterações da maior importância introduziu, no Código Penal de 1940, a Lei 6.416 de 24 de maio de 1977, com intensa repercussão no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais.

Com efeito, o § 5º do art. 30 do Cód. Penal, com a redação que lhe deu a referida Lei 6.416/77, preconizava que:

"O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime **semi-aberto**, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime **fechado**.

"I – Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime **aberto**, desde o início, ou:

"a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime;

"b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime. (Grifou-se.)

"II – Observados os termos do **Caput** deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado".

### **3. A MATÉRIA NO DIREITO PENITENCIÁRIO**

O afã de dotar-se o País de um Código Penitenciário, no qual toda a matéria de execução das penas privativas da liberdade estivesse minuciosamente concebida, animou a consciência jurídica a elaborar sugestões visando a esse desiderato.

Dáí porque, já nos anos trinta, se tentava resolver o magno problema com o Anteprojeto de Código Penitenciário, que seria transformado em Projeto no ano de 1935, – documento elaborado por três juristas de escol: Cândido Mendes, Lemos Britto e Heitor Carrilho, o mais extenso de todos

os trabalhos apresentados à consideração presidencial: 854 artigos, nenhum deles supérfluo.

Nesse documento pioneiro, que a representação parlamentar da Paraíba encampou, com justificado entusiasmo, previa-se, no tit. IV, a criação do Instituto de Preparação Penitenciária, e estabelecia que "nenhum candidato a emprego ou função penitenciária poderá ser admitido (. . .) sem que prove possuir o diploma do curso oficial de preparação técnica, exigido conforme a natureza do cargo ou função a exercer" (art. 128 e seu § 1º). E no tit. VII, preconizava os estabelecimentos penais distribuídos em três espécies: **a) – repressivos** (casas de detenção, escolas de educação correcional para menores delinqüentes de mais de 18 anos e menos de 21 anos; reformatórios para homens e mulheres delinqüentes; penitenciárias destinadas aos delinqüentes difíceis ou reputados irreformáveis; colônias para a relegação dos delinqüentes perigosos; manicômios judiciários; e sanatórios penais para os delinqüentes tuberculosos e seções especiais para os atacados de outras doenças infecto-contagiosas, assim como para os alcoólatras e demais toxicômanos); **b) – fiscalizadores e orientadores da execução penal** (conselhos penitenciários, inspetoria geral penitenciária, institutos de antropologia penitenciária e institutos de preparação penitenciária); **c) – estabelecimentos destinados à readaptação social dos liberados** (serviços prisionais de auxílios e encaminhamento do liberado, condicional ou definitivo, à vida livre e ao trabalho; patronatos de presos e de liberados; e colônias para liberados). (Art. 237). Esses estabelecimentos poderiam ser federais ou estaduais; e, neles, adotar-se-ia "um regime disciplinar educativo, devendo os respectivos regulamentos afeiçoá-lo às condições locais, e natureza de cada estabelecimento" (art. 414), matéria objeto do título VIII. Já no título XI, o documento situava os "deveres e prerrogativas dos sentenciados", trilha pela qual seguiriam as futuras gerações de penitenciários. Apesar da excelência da proposta. – ou, quem sabe, por isso mesmo, – o Projeto não teve a rápida tramitação almejada. E seria, lamentavelmente, atropelado pelo golpe de 10 de novembro de 1937, que dissolveria o Congresso Nacional, e implantava o regime nazi-facista do Estado Novo.

Com a redemocratização do País e a promulgação da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, passou a ser privativo da União legislar sobre "normas gerais (. . .) de regime penitenciário" (art. 5º, inc. XV, letra "b"). Era, assim, propício o momento para voltar-se ao trabalho de preparar um Código Penitenciário. Desse trabalho, incumbir-se-ia o notável penalista Oscar Stevenson, que apresentaria o seu Anteprojeto de Código Penitenciário.

rio em 1957. Era um documento mais sucinto: apenas 250 artigos. Encontrava-se em vigor, à época, o Código Penal de 1940, que previa as penas privativas da liberdade bipartidas em reclusão e detenção, para crimes; e a Lei das Contravenções Penais, preconizando a prisão simples para os contraventores. O novo documento, apesar da grande autoridade de seu ilustre autor, não prosperou, atropelado pela Lei 3.274/57, que traçaria rumos para o cumprimento das penas privativas da liberdade. Talvez por isso, o Anteprojeto Stevenson não encontraria maior receptividade, apesar do excelente trabalho feito por seu ilustre autor. A mobilização do Congresso Nacional para aprovação das mensagens presidenciais, visando à mudança da Capital da República para Brasília, condenaria esse trabalho ao limbo legislativo. Tanto que Juscelino Kubitschek transferiria a faixa presidencial sem que o País fosse dotado de um Código Penitenciário. Com o advento do Governo Jânio Quadros, a velha idéia voltaria à tona: dotar-se, o País, de uma nova estrutura jurídica, ou seja, novos Códigos. A reforma dos estatutos penais começaria com o Anteprojeto de Código Penal, do Ministro Nelson Hungria, trabalho apresentado no ano de 1963, já quando Presidente da República o senhor João Goulart. Roberto Lyra, um dos comentadores do Código Penal de 1940, apresentaria também no ano de 1963 o Anteprojeto de Código de Execuções Penais. Foi o primeiro Anteprojeto desta espécie distribuído em duas partes: a) – Parte Geral, compreendendo os institutos básicos de Direito Penitenciário; e b) – Parte Especial, cujo tít. VI cuidava do cumprimento das penas privativas da liberdade (arts. 253 **usque** 275). Todavia, com o advento de um novo regime político, em 1964, o Anteprojeto Lyra seria sepultado.

No ano de 1970, imediatamente após a sanção do Cód. Penal promulgado pelo Dec.-lei 1004/1969, foi incumbido o inolvidável penalista Benjamin Moraes Filho de apresentar à consciência jurídica, brasileira e universal, um novo Anteprojeto de Código de Execuções Penais. Nas pegadas de Lyra, o Anteprojeto Benjamin Moraes se constituía num trabalho encomiástico. A indefinição quanto ao Código Penal de 1969 levaria a sucessivas procrastinações quanto ao pretendido Código de Execuções Penais. No tít. VIII, cap. III, cuidava, esse precioso documento, dos direitos dos presos. A execução das penas privativas da liberdade é, ali, contemplada nos arts. 134 **usque** 150. Esse Anteprojeto, como os anteriores, não teve consequência legislativa. O que, sem dúvida, foi uma perda jurídica para a Nação.

#### 4. A MATÉRIA NO CÓD. PENAL DE 1984

Com a abertura democrática de fins dos anos setenta, o Governo João Figueiredo incumbiria o penalista Francisco de Assis Toledo de coordenar a reforma de todos os textos básicos de Direito Penal. Começou-se com o Anteprojeto de Parte Geral do Código Penal, de 1981, transformado no Projeto de 1983 e na Lei (7.209) de 1984. O novo Código Penal contempla a matéria nos arts. 33 **usque** 42. As penas privativas da liberdade tradicionais, reclusão e detenção, devem ser cumpridas em regimes díspares, pelas peculiaridades de cada uma dessas sanções. Assim, a pena de **reclusão** deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto; enquanto que a pena de **detenção**, em regimes semi-aberto e aberto (art. 33, **caput**). Concebe o regime **fechado** como "a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média"; o regime **semi-aberto**, – "a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar"; e o "regime **aberto** a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado" (art. 33, § 1º, letras "a", "b" e "c"). Consagra, o novo Código Penal, a progressividade no cumprimento dessas penas, passando, o presidiário, de regime mais rigoroso a regime mais ameno. O regime inicial do cumprimento dessas penas é, igualmente, objeto de especial cuidado: "o condenado a pena superior a **oito** anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" (art. 33, § 1º, letras "a", "b" e "c"). Doutra parte, "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59", que cuida das circunstâncias **judiciais** (art. 33, § 3º). No art. 34, recomenda, o novo estatuto, que "o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução" (art. 34, **caput**). Durante o dia, o presidiário trabalhará; e, durante a noite, assegurar-se-á o repouso (art. 34, § 1º). Por outro lado, "o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena" (art. 34, § 2º). Abre-se, também, perspectiva para o trabalho externo do presidiário em regime fechado; contudo, somente em obras públicas. Se, contudo, se trata de condenado em regime semi-aberto, "o trabalho externo é admissível, bem como a freqüên-

cia a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior" (art. 35, § 2º). Já o "regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado". Assim, "o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga" (art. 36, § 1º). Se o regime é, por natureza, progressivo, pode, contudo, o condenado, ser transferido desse regime aberto, "se praticar fato definido como crime **doloso**, ou frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada" (art. 34, § 2º). Se se trata de mulheres, a pena privativa de liberdade é cumprida "em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal" (art. 37). Considere-se, também, que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral" (art. 36). Na hipótese de superveniência de doença mental, o condenado "deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado" (art. 41). O regime inicial é estabelecido pelo magistrado, ao proferir a sentença penal condenatória (art. 59, inc. III).

##### 5. A MATÉRIA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A lei de execução penal aprovada com a promulgação da Lei 7.210/84 tem a maior abrangência: aplica-se "ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito a jurisdição ordinária" (art. 2º, parág. único).

Quanto a sua classificação, far-se-á "segundo os seus antecedentes e possibilidade" (art. 5º). No que tange à assistência, o preso faz jus à assistência material, à saúde, à jurídica, à educacional, social e religiosa. A lei estabelece, igualmente, que "o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela" (art. 29, **caput**), disciplinados o trabalho interno e o externo. Previstos, igualmente, os deveres, direitos e disciplina dos presidiários.

A execução penal é constituída de vários órgãos: o Cons. Nac. de Pol. Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Cons. Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da comunidade (art. 61), cada um desses órgãos com atribuições próprias, desenvolvidas no benefício do sentenciado, e na defesa da comunidade.

Especial atenção é dada aos estabelecimentos penais, objeto do tít. IV, arts. 82 **usque** 104.

A penitenciária deve ser dotada de cela individual, com os requisitos mínimos de salubridade, para o que é imprescindível área mínima de 6m<sup>2</sup> (art. 87, parág. único).

Disciplina, a nova lei, as permissões de saída, a remição (pagamento da pena privativa da liberdade com trabalho, à razão de um dia de pena por três de trabalho, **ex-vi** do art. 126, § 1<sup>o</sup>), e outros benefícios.

## 6. CRÍTICA

Creemos que a consciência jurídico-penal, do País, clama por um Código de Execuções Penais. Já o preconizava nos anos trinta. A mesma preocupação, nos anos cinqüenta, sessenta e setenta. Nos anos oitenta, contudo, se contenta, o legislador, com uma lei executório-penal, sem dúvida bem-intencionada, mas carente de aprimoramento de forma e conteúdo. Problemática que tivemos a grata oportunidade de abordar nos congressos realizados em Belo Horizonte e São Luiz do Maranhão.

Esse Código de Execuções Penais deve compreender uma Parte Geral e uma Parte Especial. A primeira, compreendendo os títulos da aplicação da lei executório-penal, do objeto e finalidade, dos órgãos da execução penal, dos regimes, da classificação dos estabelecimentos, da disciplina e da assistência. A segunda: Da execução das penas privativas da liberdade, da execução das penas restritivas de direitos, da execução das penas patrimoniais (ou da pena patrimonial), da execução das medidas de segurança, dos incidentes da execução, do procedimento judicial e das disposições transitórias e finais.

Uma questão a enfrentar, na legislação específica, é, sem dúvida, a que concerne ao regimento do estabelecimento prisional. Há quem defenda a idéia de que deva ser um regimento ou regulamento para cada estabelecimento. Essa posição, embora defensável, corre o risco de que uma pena seja prevista, num estabelecimento, de uma forma; e de outra forma, num outro estabelecimento prisional. Como a lei penal é federal, acreditamos ser inconveniente que um sentenciado a cumpra de uma forma, numa unidade federativa; e de outra forma, num outro estabelecimento prisional. Sem contar que as mudanças de uma para outra localidade do mesmo Estado-membro podem ser extremamente acentuadas.

## 7. APRECIÇÃO FINAL

Não é só o aprimoramento da legislação, em forma e conteúdo, que se impõe. Urge envolver os governantes, e a própria comunidade, num trabalho redentor do presidiário.

É preciso fazer sentir à comunidade que o criminoso é um ser humano que, por desgraça, veio a delinquir. E, assim, suscetível de reabilitação, – enquanto retribui, com a sua penitência, os males ocasionados à comunidade e à ordem jurídica.

A insensibilidade dos governantes e, também, da comunidade, para o problema penitenciário tem-no levado à situação de descalabro, em que se encontra, tradicionalmente. Nem mesmo as melhores leis poderiam superar o problema, – se estas não forem seguidas de medidas práticas, concretas, no plano das realizações materiais e funcionais.

Urge a preparação de pessoal especializado, em estabelecimentos destinados à formação específica. A superpopulação deve ceder lugar a adequadas acomodações do presidiário. A rotina do trabalho, até como terapia, há de ser convenientemente regulamentada. Bem assim, o acesso aos regimes de semi-liberdade e de prisão aberta, sem favoritismo.

As Regras Mínimas das Nações Unidas, adotadas desde 1955, prevendo, em seus lineamentos, toda a problemática e soluções específicas, devem incorporar-se no dia-a-dia dos presídios, a fim de que se transforme a triste realidade ainda vivida, no País, em matéria de cumprimento das penas privativas da liberdade.

Para esse trabalho ciclópico, toda a comunidade está convocada.