



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CONTROLE JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO –

DIREITO DE ACESSO A UM TRIBUNAL PELO PRESO

THAINÁ PUGA CARDOSO BRABO DE CARVALHO

Coimbra

2014



MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CONTROLE JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO –

DIREITO DE ACESSO A UM TRIBUNAL PELO PRESO

Dissertação de Mestrado em Direito com especialização na área de Especialização Ciências Jurídico Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de mestre em direito.

Orientadora: Doutora Anabela Miranda Rodrigues.

Coimbra
2014

Aos meus familiares pelos sonhos compartilhados.

Agradecimentos

Aos meus pais Haroldo e Marlúcia, pela dedicação, pelos ensinamentos e por me proporcionarem o caminho do saber jurídico. A minha irmã Tássia, pela amizade, parceira e principalmente, pela companhia durante as longas noites de estudo. As minhas tias Margareth e Márcia pelo amor incondicional e o pelo incentivo nos estudos. A Luna pela simples existência em minha vida. Ao Ronaldo pela paciência, companhia e dedicação ao longo da construção desse estudo.

Agradeço a minha orientadora Senhora Doutora Anabela Miranda Rodrigues pela dedicação, paciência, e por ter me encaminhado aos estudos penitenciários na escolha da dissertação. Aos meus demais professores agradeço pela contribuição em meu saber jurídico.

“Ninguém conhece realmente uma nação até estar atrás das grades. Uma nação não deveria ser julgada pelo modo como trata seus melhores cidadãos, mas sim como trata os piores.”

Nelson Mandela

RESUMO

Com efeito, este escrito procura colacionar os novos leitores a algumas elucidações sobre a crise no sistema carcerário e possíveis soluções para o controle jurisdicional da pena, sempre com o fito de garantir dos seus direitos e alcançarmos a ressocialização do recluso. Na primeira parte, abordaremos a situação da execução penal e as regras gerais, o atual Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade e aspectos estatísticos do sistema carcerário. Na segunda parte, trataremos da juridicalização da execução da pena, os princípios, tratados internacionais e os motivos ensejadores para um controle jurisdicional do recluso durante o cumprimento de sua pena de prisão. Com base na análise feita, finalizaremos apresentando os procedimentos possíveis para o controle, a essencial obrigação do Estado e da sociedade na inclusão do recluso na comunidade após o cumprimento da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal; Crise do Sistema Penitenciário; Jurisdicalização; Controle feito pelo recluso; Ressocialização.

ABSTRACT

Indeed, this written seeks to collate new readers to some clarifications about the crisis in the prison system and possible solutions to jurisdictional control of the penalty, always with the purpose of ensuring their rights and achieve the resocialization the convict. In the first part, we discuss the situation of criminal enforcement and general rules, the current Penalties Execution Code and statistical aspects of the prison system. In the second part, we address the judicialization of penalty enforcement, principles, international treaties and the propitiators for judicial review of the prisoner while meets his prison sentence. Based on the analysis, we will conclude by presenting the possible procedures for the control, the fundamental obligation of the state and society in the inclusion of the prisoner in the community after meets the sentence.

KEYWORDS: Criminal Enforcement, Crisis of Prisons; Jurisdictionalization; Control made by the prisoner; Resocialization.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
---------------	----

1ª PARTE

A EXECUÇÃO PENAL

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PENAL	
2.1. CONCEITO	13
2.2. NATUREZA JURÍDICA	15
2.3. AUTONOMIA	18
2.4. FINALIDADE	18
2.5. O DIREITO DOS RECLUSOS	22
3. A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL	28
3.1. EM PORTUGAL	29
3.2. NO BRASIL	43

2ª PARTE

O CONTROLE JURISDICIONAL E O RECLUSO

4. A JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA	49
4.1. OS PRINCÍPIOS	52
5. O CONTROLE JURISDICIONAL DA PENA DE PRISÃO PELO RECLUSO	61
5.1. MOTIVOS ENSEJADORES	61
5.2. FORMAS DE DEFESA	62
5.3. DISCIPLINA LEGAL	66
5.3.1. No Direito Internacional	66

5.3.2. Em Portugal	70
5.3.3. No Brasil	79

3ª PARTE

CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1. INTRODUÇÃO

A execução da pena de prisão implica uma condenação anterior com pena de cerceamento de liberdade. Diante disso, há necessidade de um processo para o cumprimento eficaz da pena.

Tem por objetivo tornar efetivas as determinações da decisão criminal ou sentença, oferecendo condições no cumprimento da sanção para uma futura reintegração do recluso na sociedade ¹. Durante a fase da execução da pena o estado tem que punir, limitando a liberdade do indivíduo e tem que garantir a reinserção social.

O objetivo desta dissertação é buscar mecanismos e soluções para auxiliar o controle jurisdicional do recluso durante a execução da pena de prisão, garantindo direitos materiais e processuais constitucionalmente previstos, juntamente com o fortalecimento do caráter de cidadão do recluso.

O sistema prisional atual apresenta falhas na efetivação. Diversos doutrinadores afirmam que o Direito Penal está em crise, juntamente com a pena de prisão, contudo, continua sendo a resposta utilizada pelo Estado para os crimes considerados mais gravosos. Procuraremos mostrar como o controle da execução penal realizado pelo recluso, poderá auxiliar durante cumprimento dessa.

Por outro lado, atual ambiente em que a pena privativa de liberdade é cumprida não favorece as finalidades da pena (retributiva, preventiva e ressocializadora), conseqüentemente, acaba por segregar o indivíduo do convívio social.

¹ Após a sentença condenatória, “o público se desinteressa pela sorte dos condenados. É muito raro que o nome de um deles retorne aos lábios, ou reapareça nas colunas de um jornal. A prisão é uma tumba onde se enterram os vivos. Nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão reclusos atrás daquelas grandes muralhas de pedra”. BATTAGLINI, Giulio. *Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporâneo*. Roma, Istituto di Studi Legislativi, 1930, pág. 129 *apud* BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

Primeiramente, devemos ter em vista as normas do atual Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade e sua efetiva funcionalidade, pois não podemos desejar que o sistema funcione se não temos um conhecimento profundo do tema.

Para conquistarmos as finalidades das penas, o simples cumprimento efetivo das normas estabelecidas pela Lei da Execução Penal, juntamente com a Constituição, já garantiria uma significativa melhora nos problemas de reincidência e lotação carcerária, entretanto, de que ter em mente que a participação da sociedade é indispensável para que alcancemos os objetivos da execução.

Os princípios mostram os valores essenciais de um País, servindo de orientação para a Constituição e leis infraconstitucionais. A execução da pena não é uma exceção, já que o direito ao acesso eficaz da justiça é um direito social básico do indivíduo presente nas sociedades modernas, logo, os empecilhos à justiça devem ser afastados, e a maneira como o Estado conduz a execução das suas penas, demonstra a importância demandada aos direitos fundamentais da pessoa humana.

As legislações portuguesas como a maioria estrangeira têm no seu ordenamento a garantia constitucional de acesso aos tribunais e ao direito, mediante o justo processo.

Daí a importância de desformalização do processo, juntamente com um incentivo para elevar a consciência jurídica do recluso, garantindo às pessoas encarceradas pelo Estado, o direito de pleitear, durante o cumprimento da sua pena de prisão. Assim, o controle jurisdicional na execução da pena garante a afirmação dos direitos do encarcerado, protegendo-o jurisdicionalmente e realizando um controle da atuação da administração prisional.

Logo, o do acesso do preso a um tribunal de execução não pode ser limitado aos órgãos judiciais. O entendimento tem que partir principalmente da

visão do preso em relação ao sistema prisional, garantido assim o acesso a uma ordem justa.²

Deve ser considerada não somente a presente situação penitenciária, devemos pensar em uma solução para o condenado, diferente da segregação. Assim, em um futuro próximo, haverá o retorno do recluso à sociedade, que o alijou ou que amparou? Devemos preparar esse indivíduo para o convívio social, mas este objetivo para ser alcançado impõe uma série de medidas governamentais e sociais.

² O acesso à justiça tem o desígnio no sistema jurídico de que as pessoas possam postular seus direitos e/ou encontrar soluções para seus litígios sob os auspícios do Estado. “Primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (...). Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Editor Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988. p. 24.

1ª PARTE

A EXECUÇÃO PENAL

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PENAL

2.1. CONCEITO

A execução penal é a fase que ocorre posteriormente ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória criminal, onde se estabeleceu uma pena privativa de liberdade ou uma pena restritiva de direito ou/e uma pena pecuniária. Portanto, a execução penal objetiva efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, fase que concretizará a pretensão punitiva do Estado.³

Neste sentido, Grinover esclarece que o processo da execução é “o instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando emergente da sentença”⁴.

Elucidamos que o Estado é o retentor com exclusividade, do *jus puniendi* (direito de punir), dentro dos limites estabelecidos pelo art. 4º (aplicação penal no espaço) e o art. 5º (atos praticados fora do território português) ambos do Código Penal Português. Dessa maneira, quando determinada pessoa pratica uma ação que a lei tipifica como ato ilícito, o Estado terá o direito de punir⁵.⁶

³ No mesmo sentido, FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991, p. 04.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processos de execução e direito de defesa*, p. 57. In: Revista de Interamericana de Direito Processual Penal, v.3, °12, out./dez. de 1978, 07/1978.

⁵ Salienta-se que qualquer ação do Estado deve obedecer os direitos e garantias salvaguardados pela Constituição da República Portuguesa e pelos Tratados Internacionais signatários.

⁶ “É da execução da pena sobretudo que depende a defesa da sociedade e é durante ela que o drama do criminoso atinge a maior intensidade”. Cfr. Decreto-Lei 26643, de 28 de maio, 1936, que promulgou acerca da reorganização dos serviços prisionais.

Reprimindo o sentenciado o Estado provoca a prevenção geral positiva (evidencia a eficácia do Direito Penal, sua presença, autenticidade e competência); e geral negativa (inibe quem quer transgredir a norma, por não querer sofrer as sanções impostas à transgressão).⁷

A execução é composta por um sincronismo de atividades judiciais e administrativas desempenhadas pelo Estado, para aplicar (executar) uma sanção abstratamente cominada pelo legislador e concretamente imposta pelo juiz ao infrator da norma penal ⁸.

A execução penal integra a função jurisdicional do Estado. A jurisdição não se encerra com a coisa julgada, envolve também os atos de execução penal. Nessa etapa, o Poder Executivo contribui para o exercício da função jurisdicional.⁹

De acordo com o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade o objetivo é concretizar as determinações da sentença ou decisão criminal, garantindo o efetivo cumprimento pautado nas garantias já consagradas do recluso. E, conforme a legislação penal, as penas permitidas são a privativa de liberdade¹⁰, restritiva de direito e multa.

A execução das penas e das medidas de segurança é promovida pelo Ministério Público, corre, na maioria dos casos, nos próprios autos perante o presidente do tribunal de condenação de 1ª instância. O Ministério Público envia cópia da sentença ao Tribunal de Execução das Penas e aos serviços prisionais e de reinserção social, no período de cinco dias após o trânsito em julgado.¹¹

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2011, p. 1001.

⁸ Cfr. MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Execução Penal e Direitos Humanos, para provas e concursos*. Curitiba, Editora Juruá, 2010, p. 25.

⁹ Abordaremos adiante a temática da “natureza da execução penal”.

¹⁰ Trataremos neste trabalho apenas da pena privativa de liberdade.

¹¹ Cfr. arts. 469º, 470º e 477º, todos do Código de Processo Penal.

A pena de prisão é fixada concretamente durante sua execução, pela autoridade judiciária e pela administração da penitenciária. Durante esse cumprimento, a administração prisional prestará colaboração ao juiz de penas.

2.2. NATUREZA JURÍDICA

A natureza da execução penal é um tema complexo, gerando divergências na doutrina. Mencionaremos as posições encontradas acerca do tema.

Para alguns doutrinadores a execução penal pode ser declarada de natureza ‘mista, complexa e eclética’, pois algumas normas dessa fase pertencem ao direito processual¹². Exemplo disso, o procedimento disciplinar, e outras partes que regulam a execução pertencente ao direito administrativo

Kuehne defende que a natureza jurídica da execução penal é mista, porque, contempla normas que abrangem o campo do Direito Penal, Processual Penal, Administrativo e de Execução. Explica que predomina no regime de execução das penas a inserção no direito material, tendo suas necessárias consequências, como, irretroatividade, quando lei mais gravosa não há interferência para situação do recluso¹³.

Alguns autores italianos afirmam que é uma atividade meramente executiva, logo teria natureza administrativa¹⁴. Para os adeptos dessa corrente,

¹² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo, editora Saraiva, 3ª edição, 1996, p. 5-6 *apud* Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, editora Saraiva, 11ª edição, 2013, p. 32. No mesmo sentido pluralista, também LEONE, Giovanni. *Tratado di diritto processuale penale*. Nápole, Editora Jovene, v. III, 1961, p. 462, afirma que na execução penal podemos observar tanto aspectos do direito processual penal, quanto ao direito penal e ao direito administrativo, ressalva a possibilidade ocasionalmente de fases jurisdicionais correspondentes, como nas providências de vigilância e nos incidentes de execução.

¹³ KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal, anotada*. 9ª edição, Curitiba, editora Juruá, 2011, p. 43.

¹⁴ Neste sentido Grinover cita quatro autores BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milão, 1965, p. 477; RENIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Pádua, 1965, p. 460; SANTORO, *L'esecuzione penale*, Turim, 1963, p. 164 e VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*,

a atividade jurisdicional terminaria com a sentença penal condenatória e, durante o cumprimento da execução, o recluso fica subordinado aos interesses da administração prisional¹⁵. Posteriormente, para melhorar a circunstância, passou-se a reconhecer a jurisdicionalidade na execução, em apenas algumas circunstâncias, contudo ainda negando a existência de um processo¹⁶.

Como defendido pela corrente administrativa, o resultado do afastamento do Judiciário na execução das penas, era a completa discricionariedade do administrador prisional, o que conduzia, ao nosso entender, a um completo abandono da dignidade do recluso¹⁷.

Por fim, há autores que afirmam que a execução penal é de natureza jurisdicional, sem esquecer a importância da atividade administrativa, pois o título que fundamenta a execução é oriundo de uma atividade jurisdicional, assim somente poderá ser efetuada pelo Poder Judiciário.

Ademais, se a defesa for no sentido de que há ausência de um processo autônomo, o resultado é a diminuição do âmbito da execução penal judicial. Logo, a execução é processo, embora, ostente autonomia na jurisdição especial, volta-se para o futuro, enquanto o processo de conhecimento tenta recuperar o passado¹⁸.

É importante lembrar, que na execução penal deve-se obedecer a diversos princípios consagrados na Constituição Federal e no Código de

Milão, 1953, p. 367; Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processos de execução e direito de defesa*, p. 53. In: Revista de Interamericana de Direito Processual Penal, v.3, n°12, out./dez. de 1978, 07/1978.

¹⁵ No ordenamento jurídico do Uruguai, conforme o Prof. Adolfo Gelsi Bidart, a execução penal tem natureza administrativa, contudo a administração pública deve seguir os preceitos da Constituição. Ao judiciário cabe a fiscalização, estabelece o início e o fim, e conforme orientação constitucional o adequado cumprimento. FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A exigência de jurisdicalização da execução. In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991, p. 13.

¹⁶ BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26.

¹⁷ BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26.

¹⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas sobre a novíssima execução penal*. In: TOLEDO, Francisco de Assis. *Reforma penal*. São Paulo, editora Saraiva, 1985, p. 131.

Processo Penal, como o direito do contraditório e da ampla defesa, legalidade, *in dúbio pro reo* e do *due process of law*.

Destaca-se que qualquer incidente decorrente de uma atividade administrativa pode ser apreciado judicialmente, conhecido como “incidentes da execução”, logo, há natureza jurisdicional no curso da execução.¹⁹

Dessa maneira, frisa-se que o Judiciário é o responsável por determinar o destino da execução da pena, contudo a efetiva realização ocorre nos estabelecimentos administrados, financiados e de responsabilidade do Executivo.

Notemos que o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade determina a competência aos tribunais judiciais administrar a justiça penal da matéria de execução das penas e medidas privativas de liberdade. Tem por competência material garantir os direitos dos reclusos, decidindo acerca da legalidade das decisões proferidas pelos serviços prisionais nos casos determinados pela lei.

Por fim, seguimos o posicionamento de alguns doutrinadores de que a natureza do processo de execução penal é indiscutivelmente jurisdicional.²⁰

¹⁹ Em relação à natureza da execução penal, não se pode negar que abrange aspectos jurisdicionais e administrativos, compartilhando assim o poder judiciário, como exemplo, nas decisões judiciais e na participação do juiz da execução; e o poder executivo, esta presente na administração dos estabelecimentos prisionais. No Brasil, a Lei de Execução das Penas determina a competência para a condução do processo de execução aos órgãos judiciários, inclusive prevê o recurso de agravo das decisões proferidas pelo juiz. Contudo, a administração prisional tem significativa participação, como nos casos de remoção de presos para outro estabelecimento prisional de um mesmo estado ou na permissão para o trabalho externo. Por isso, muitos doutrinadores definem a natureza jurídica como mista.

²⁰ Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes.

2.3. AUTONOMIA

Com o crescimento das instituições prisionais surgiu o Direito de Execução Penal. Antes a carceragem era somente para pessoas que esperavam a sentença, com o tempo passou a existir a pena privativa de liberdade, gerando, assim, uma preocupação com as situações dos encarcerados.

Observou-se a necessidade do estudo da execução da pena privativa de liberdade, principalmente, pela finalidade de reintegrar o condenado na sociedade, além do caráter retributivo e preventivo.²¹

Podemos notar o surgimento na área científica da autonomia do Direito Penitenciário normas jurídicas que abordam o tratamento ao preso e as regras da execução da pena privativa de liberdade, envolvendo também o regulamento penitenciário.²²

2.4. FINALIDADE DA PENA

A questão da finalidade da pena tem origem conjuntamente com no Direito Penal. A sanção a ser aplicada jamais foi consonante, tendo em vista a qualidade, quantidade ou legitimidade ²³. Lyra nos ensina que a execução da pena tem como quase impraticável função de “prender o homem para libertá-lo dos fatores que condicionaram o crime” ²⁴. Se objetivarmos diminuir a criminalidade, devemos ter em mente a finalidade da execução da pena e sua concretização.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo, editora Atlas, 11ª edição, 2008, p. 21.

²² MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de ciência penitenciária*. São Paulo, editora Saraiva, 1975, p. 63.

²³ BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011, p. 31.

²⁴ LYRA, Roberto. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro, editora Forense, 1945, vol. VI, p. 09.

Conforme a doutrina a pena tem basicamente três funções: a retributiva, preventiva e ressocializadora.

A função retributiva corresponde à resposta do Estado ao indivíduo que descumpriu a norma penal. Visa coibir o desejo de vingança do ato criminoso, embora, no moderno Estado de democrático de direito, esteja em forte decadência; na prática se sobressai, o preso receberá uma resposta negativa do Estado pelo ato praticado ²⁵.

As teorias absolutas têm como objetivo uma medida repressiva penal e a reivindicação da justiça. A natureza da retribuição não era pacífica, tentava não embaraçar com o castigo²⁶, tinha um caráter algumas vezes divino (Bekker, Sthal); outras moral (Kant) e jurídico (Hegel, Pessina). Para a Escola Clássica não era necessário a preocupação com o autor do ato ilícito, a atenção, pois era voltada para a retribuição do crime²⁷.

A função preventiva, como o nome diz, visa prevenir a prática delitiva pela intimidação do cumprimento da sanção do ato ilícito. Corresponde a um papel pedagógico, criando efeitos morais reprováveis à prática de delitos. A função preventiva faz parte das teorias relativas, pois visa como fim prático, em particular, à prevenção. Defende-se que, se o crime é a violação das normas estabelecidas pelo Estado, o próprio Estado deve evitá-lo utilizando coação psíquica (intimidando) ou física (segregação) ²⁸.

E por ultimo, e hoje considerada a mais importante, a função ressocializadora é também conhecida como função educadora.

²⁵ “A pena é uma sanção repressiva, intervém após o delito, e *quia peccatum est*: não para impedir ulteriores delitos, mas previne, não defende, não cura, não ressocializa, não reabilita: pune. A pena repousa somente sobre a culpa: pressupõe homens livres e imputáveis e não pessoas destuídas de liberdade e impunidade.” MAGGIORE. Diritto penale. Bologna, 1958. p. 789 *apud* HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, v.1, t. II, editora Forense, 5ª edição 1978, p. 452.

²⁶ No Estado democrático de direito garante na execução o princípio da humanização da pena.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, parte geral, arts. 1ª a 120 do CP*. São Paulo, editora Atlas, 29ª edição, revista e atualizada, 2013, p. 231.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, parte geral, arts. 1ª a 120 do Código Penal*. São Paulo, editora Atlas, 29ª edição, revista e atualizada, 2013, pp. 230 - 231.

Nas teorias mistas a pena, por ter aspectos morais sua natureza é retributiva, contudo, sua finalidade não é somente a prevenção, tem por objetivo tanto educar como corrigir. Logo, tem como finalidade reintegrar o preso à sociedade após o cumprimento da pena e assim submetê-lo a um tratamento social durante a execução penal.^{29 30}

Portanto, execução penal deve disponibilizar condições ao encarcerado para que siga seguir a vida, não reincidindo em atos criminosos, logo, deve-se prevenir a reincidência. Para garantir a socialização, é necessário investir em programas sensíveis à individualização do recluso, tratando-o de maneira adequada e diferenciada, fora e dentro do cárcere.

A socialização do recluso é amparada constitucionalmente. O artigo 30.º, n.º 5, da Constituição determina que: “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”.

Assim como o Estado tem o dever de julgar os atos tipificados como crimes, deve também buscar auxiliar o recluso a uma vida distante da prática delitiva³¹. Segundo o Código Penal, a aplicação das penas e de medidas de segurança visa à protecção de bens jurídicos e à reintegração do agente na sociedade^{32, 33}

²⁹ Neste sentido, o Conselho da Europa recomendou aos seus membros que a pena tem que ser o mais ressocializadora e personalizada, conforme a Recomendação (73) 5, de 19.1.1973; Recomendação (87) 3, de 12.2.1987,; Recomendação (96) 8, de 5.9.1996; e Recomendação (98) 7, de 8.4.1998; Recomendação (82) 17, de 24.9.1982; Recomendação (84) 12, de 21.6.1984.

³⁰ No Estado brasileiro o art. 1.º da Lei de Execução Penal (LEP) consagra que a execução penal objetiva a efetivação da sentença ou decisão criminal, e tem por meta proporcionar harmonia integral social do condenado e do internado.

³¹ Rodrigues nos ensina que é fundamental para a socialização que a vida no cárcere prepare o recluso para a liberdade, conseqüentemente, que lhe sejam garantidos, mesmo que encarcerados, direitos de que gozam enquanto pessoa livre. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, 2000, p. 66.

³² Cfr. artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal Português.

A intenção, antes de socializar o recluso, deve ser prioritariamente não-dessocializar no cumprimento da execução da pena. Assim, diminui a marginalização que a reclusão causa e os efeitos criminógenos que lhe são associados; além de não retirar do recluso os direitos que seu *status* de cidadão lhe confere³⁴.

Ressalta-se, que o fim das penas deve coincidir com o fim do sistema prisional. Dessa maneira, a atividade administrativa deve buscar a reinserção, e assim como a prevenção de crimes³⁵. Sobre a temática, LUNA conclui que “a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra”³⁶.

Finaliza-se, afirmando que a execução penal deve dispor para a reeducação do preso, de programas direcionados à formação, educação, trabalho, visando à futura reinserção social. O caráter preventivo da pena deve, assim, compreender a ressocialização do recluso, para evitar reincidência delitiva. Visa-se a que o delinquente respeite e não transgrida as normas tipificadas como crimes, após o cumprimento da pena, sempre voluntariamente.³⁷

³³ Quando se prioriza a eficácia durante o processo penal, buscando a rentabilidade da justiça, se espera que a execução contribua para esse objetivos, visa assim, “evitar a dessocialização e promover a não-dessocialização”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Da <<afirmação de direitos>> à <<proteção de direitos>> dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão*. In: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. Especial, 2004, p.185.

³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, 2000, p. 162.

³⁵ FERRAZ, Eduarda. *O Sistema Prisional na Óptica dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos*. In: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. Especial, 2004, p. 199.

³⁶ LUNA, Everardo da Cunha. *A pena no novo Código Penal*. *Justitia*, v. 37, n. 90, jul/set. 1975, p.24. In: Revista do Ministério Público / Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nova fase, n.º 5/6, p. 35-71, jan./dez 1975.

³⁷ Sobre Consensualismo, ler RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, 2000, pp. 143 – 175.

2.5. O DIREITO DOS RECLUSOS

A importância dos direitos e garantias designadas aos cidadãos deve ser alicerce para uma política criminal que visa o amparo dos valores medulares da sociedade. Lembremos que, a execução da pena deve ser pautada no respeito a personalidade do recluso e nos seus direitos e interesses jurídicos não limitados pela sentença penal.

O recluso tem salvaguardado a titularidade dos direitos fundamentais, com as limitações impostas na sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa de liberdade, e as impostas nos ordenamentos jurídicos para garantir a segurança e a ordem do estabelecimento prisional.³⁸

A valorização dos direitos dos reclusos é proveniente dos movimentos em defesa dos direitos fundamentais, principalmente presente em tratados internacionais.

Diversas normas internacionais determinaram garantias aos reclusos, gerando significativa mudança na história do direito penitenciário. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foi um marco para as garantias dos direitos fundamentais, também de grande importância as Organizações das Nações Unidas, adotaram Regras Mínimas para o Tratamento de Recluso, de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. No âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950; a Convenção relativa à Transferência de Pessoas

³⁸ Em resumo, no mesmo sentido, o recluso continua com todos seus direitos fundamentais e interesses jurídicos que prejudique a condenação, ou a proteção da sociedade, ou com as garantias dos outros reclusos. FERNANDES, Agostinho; RATO, João. *Execução da Pena de Prisão em Portugal – Sistema Prisional Português*. In: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba, Editora Juruá, 2008, p. 51.

Condenadas, de 1983; a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 1987.³⁹

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade garante direitos e deveres dos reclusos durante o cumprimento da sua pena. Salienta a importância da jurisdicionalização na execução penal, protegendo os direitos dos reclusos, salvaguardando os meios de defesa e a apreciação ao Tribunal de Execução das Penas à quaisquer incidentes.⁴⁰

Destacamos, no Código da Execução, o capítulo II que aborda “Direitos e deveres do recluso”, que estabelece no art. 6º a redefinição do estatuto jurídico do recluso, tem por objetivo contribuir para as garantias durante o cumprimento das penas e medidas privativas de liberdade, e mantém a titularidade dos direitos fundamentais do recluso.⁴¹

O estabelecimento prisional deve priorizar o direito à vida e à integridade física do recluso. Para tais garantias, algumas prestações mínimas de qualidade são necessárias em relação aos locais que o detento irá frequentar no estabelecimento, como qualidade de vida dentro do cárcere e à higiene pessoal englobando uma boa alimentação.

O art. 7º vem proteger diversos direitos do recluso, tais como, direito à informação, o direito de acesso ao seu processo individual, direito a ser ouvido perante o tribunal de execução para realizar pedidos, reclamações, queixas e impugnações, acerca das decisões administrativas dos estabelecimentos prisionais. E o art. 8º regula os deveres dos reclusos, e tem por objetivo

³⁹ Não podemos deixar de mencionar a influência no âmbito internacional da Convenção Interamericana de Direito do Homem, a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos e a Carta Árabe de Direito dos Homens.

⁴⁰ Sobressaimos que, o código vem permitir recurso de todas as decisões, até nos casos de liberdade condicional, que anteriormente não poderia ser objeto de recurso. Cfr. ensinamentos de CABO, Ana Isabel. *Todos os aspectos da vida penitenciária vão ter protecção*. In: Boletim da Ordem dos Advogados n.º 59, 2009, p. 30 – 31.

⁴¹ Salvo as limitações decorrentes da sentença condenatória ou decisão de aplicação de medida privativa da liberdade, e os limites para garantia da ordem e segurança do estabelecimento prisional. Cfr. art. 6º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

orientar o recluso para um bom convívio social, respeitando as normas impostas pela sociedade.

Deve-se salientar que a interpretação da temática precisa ser a mais ampla possível, pois tudo o que não envolve a restrição legal, origina-se da particular condição do encarcerado, assim permanece como direito seu ⁴².

Cada recluso possui um processo clínico individual, distinto e autônomo, que o acompanha durante a sua permanência prisional, preservado também em caso de transferência, salvaguardando a confidencialidade das informações.

A avaliação tem outros objetivos como o apoiar o recluso em questões pessoais e profissionais de urgência; adquirir informações familiares e sociais para o plano individual de readaptação.

O Código garante a todos os reclusos um processo individual único referente à sua circunstância processual e prisional, o qual contém todas as informações para a realização das finalidades da execução. A consulta do processo é limitada ao recluso ou seu representante legal, ao seu advogado, à direção do estabelecimento, aos técnicos responsáveis pelo acompanhamento do recluso ao responsável pelo serviço de vigilância, aos serviços de reinserção social, aos serviços de inspeção, ao Ministério Público e ao juiz do tribunal de execução das penas, ficando todos obrigados a sigilo profissional, mesmo após o término das suas funções.

Reclusos nos estabelecimentos prisionais devem ser separados conforme observação prévia do sexo, a idade, o estado de saúde física e mental, a vida anterior, buscando garantir a separação dos reclusos por esses critérios, caso não seja possível a sua designação para diferentes estabelecimentos.

⁴² MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 11ª edição, 2013, p. 65.

A administração prisional deve preservar a vida, saúde, integridade pessoal, liberdade de consciência do recluso. É completamente proibida a prática de tortura, e nem a maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, caso sejam utilizados esses meios ilícitos para obtenção de provas, serão tidas como nulas, conforme texto constitucional.

A importância efetiva do direito à saúde está presente desde o ingresso do recluso no estabelecimento prisional, com a obrigatoriedade de avaliação clínica e cuidados com a saúde, no prazo não superior a setenta e duas horas, objetivando o diagnóstico de problemas de saúde que necessitem de cuidados especiais e imediatos ⁴³.

Determinados cuidados com a saúde poderão ser coercitivamente impostos, contudo, apenas se justificam em casos de perigo à vida ou perigo grave ao corpo, ou em casos de saúde de outras pessoas, sendo ordenados por despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional e executados ou ministrados sob direção médica.

O pensamento de correição dos reclusos aliado com a ideia de ressocialização mostram a intenção do estado português em preparar o cidadão para a liberdade.

A adoção de atividades voltadas ao ensino, à formação profissional, para o trabalho e outras atividades tem extrema importância para o recluso alcançar uma vida longe das praticas delitivas após a libertação⁴⁴.

⁴³ No plano internacional, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, prevê que o médico “deve visitar diariamente todos os reclusos doentes, os que se queixem de doença e todos aqueles para os quais a sua atenção é especialmente chamada” e ainda “deve apresentar relatório ao diretor, sempre que julgue que a saúde física ou mental foi ou será desfavoravelmente afetada pelo prolongamento ou pela aplicação de qualquer modalidade de regime de reclusão” (Regra 25, 1. e 2.), e conforme as Regras das Penitenciárias Europeias “as autoridades penitenciárias devem proteger a saúde dos reclusos que têm à sua responsabilidade”. Em ambas, não impõe ao recluso tratamento de saúde de forma coercitiva.

⁴⁴ Neste sentido o art. 38.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

O trabalho capacita os reclusos para uma atividade lícita e digna na sociedade, essencial para a prevenção da reincidência. Contudo, o legislador não colocou este direito no rol do artigo 7.º, do Código de Execução, assim como na legislação anterior (artigo 63.º do Decreto n.º 265/79), lembremos que o Estado deve assegurar o trabalho, conforme as ofertas disponíveis, artigo 41.º.⁴⁵

As Regras mínimas para o Tratamento de prisioneiros definidas pela Organização das Nações Unidas determina que a educação de analfabetos e jovens é obrigatória, e requer atenção especial da administração prisional e que para auxiliar na reintegração social após o cumprimento da pena, o Estado deve possibilitar a educação deverá estar integrada ao sistema educacional.⁴⁶

O código de execução prevê atividades de ensino, formação profissional, trabalho, programas e atividades. No artigo 39.º podemos verificar incentivos ao ensino, refere que a frequência assídua de curso de ensino considera-se tempo de trabalho, e que será atribuído um subsídio de montante fixado por portaria do membro do Governo, e que o aproveitamento escolar é utilizado para efeitos de flexibilização.

O artigo 73.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais normatiza os prêmios, do artigo 39.º, n.º 2 do Código da Execução, serão

⁴⁵ Diferentemente a legislação brasileira, que determina que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho, na medida de suas aptidões e capacidade. Entretanto, nos casos de preso provisório, não está obrigado ao trabalho, conforme artigo 31 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Neste sentido também, as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento do Recluso (regra n.º 71, 2), assim como as Regras Penitenciárias Europeias (Regra n.º 71,2) preveem em seus textos a natureza obrigatória do trabalho. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê a possibilidade de trabalho obrigatório durante o cumprimento de uma pena prisão (art. 8.º),

⁴⁶ O Código da Execução prevê a obrigatoriedade nos casos de reclusos jovens ou iletrados. Já na Constituição brasileira prevê em seu artigo 205.º a educação direito de todos e dever do estado a promoção e o incentivo. E a valoriza afirmando a importância para o desenvolvimento, para a cidadania e a qualificação para o trabalho. Ainda garante um ensino de padrão de qualidade e gratuito. E na Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, prevê a instrução escolar e formação profissional ao preso, determinando a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau para isso deve ter nos estabelecimentos prisionais instalações voltadas para o ensino, como sala de aulas, bibliotecas e professores qualificados.

atribuídos pelo diretor do estabelecimento prisional, sob proposta da entidade responsável pelas atividades escolares e parece dos órgãos de acompanhamentos da execução da pena. A lei determinou os critérios para a perda, sendo omissa em especificar quais os prêmios, poderia ir além, e determinar os prêmios e os meios para obtenção e perda, além do caráter da legalidade o texto protegeria a igualdade entre os reclusos em diferentes estabelecimentos prisionais.

Devemos salientar que a execução guiada pelo pensamento social não pode gerar medidas que limitem os direitos fundamentais⁴⁷, nem de qualquer maneira, um “dever” ao recluso imposto de maneira generalizada, nomeadamente o de participar na sua socialização⁴⁸.

Sobre o tema, conclui-se que não é consagrado legalmente o dever de trabalhar, trata-se de um dever fundamental de natureza “cívica”. O trabalho deve ser valorado, durante as avaliações na execução.

Por fim, visa-se preservar a natureza social do recluso, evitando o isolamento na sociedade durante a execução, reafirmamos que o recluso é portador de direitos fundamentais inerentes à condição de homem. Caso necessário o legislador poderá limitar os direitos, para interesse constitucional⁴⁹, contudo, a limitação dos direitos é naturalmente dessocializadora, acaba excluindo o recluso do seu estatuto sujeito de direitos.

⁴⁷ Neste sentido RODRIGUES nos afirma que é unânime o reconhecimento dos direitos fundamentais, porém, nos casos dos reclusos não vigora em toda sua extensão. *A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*, seu fundamento e âmbito. Coimbra, 1982, p. 166.

⁴⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, 2000, p. 88.

⁴⁹ O art. 18.º da Constituição sanciona acerca do trabalho interno: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

3. A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL

As leis penais visam evitar a tirania e injustiça ao recluso, buscando resguardá-lo fisicamente, psicologicamente e moralmente, contudo as situações atuais comprovam a ineficácia do sistema, pois a realidade do cárcere é a impunidade, superpopulação carcerária, violações de direitos fundamentais, fugas e motins.

As rebeliões são, muitas vezes, fruto da superlotação, sendo uma maneira encontrada pelos detentos para reivindicar os seus direitos e chamar atenção para a situação do cárcere.

O atual sistema penitenciário apresenta diversas contradições, estabelece a culpabilidade como base para a aplicação da pena e a periculosidade como elemento decisivo para o regime. Divergem o processo de valorização da culpabilidade

Ressalta-se que o atual sistema penal gera episódios de atos mais graves do que alguns crimes, que pretendia resolver. Conforme os ensinamentos de Ferrajoli, a história das penas mostra que a violência que foi gerada pela punição do crime causa vergonha, pois sempre é planejada, consciente, organizada por muitos contra um indivíduo, de outro modo, a violência do crime pode ser ocasional, impulsiva e, às vezes, necessária ⁵⁰.

A comprovação de que o sistema penitenciário não é eficaz para ressocializar o cidadão preso é facilmente vislumbrada nos altos índices de reincidência. Essa realidade é o retrato das condições do cárcere, das

⁵⁰“La storia delle pene è sicuramente più orrenda ed infamante per l’umanità di quando no sia la stessa storia dei delitti: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle prodotte dai delitti sono state le violenze prodotte dalle pena; e perché, mentre il delitto è di solito una violenza occasionale e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole e talora impulsiva e necessita, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole, organizzata da molti contro uno. Contrariamente alla favoleggiata funzione di difesa sociale, non è azzardato affermare che l’insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla somma di tutti i delitti”. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 6ª edição, 2000, p. 382.

condições de rejeição da sociedade e da indiferença do Estado. Ademais, não devemos preparar apenas o recluso para a liberdade, devemos buscar adaptar a sociedade para receber este indivíduo após o cárcere.

Lembremos que a prisão é a *ultima ratio* da política criminal. Investir em penas de substituição diminuiria os efeitos dessocializadores da pena de prisão, logo, estaríamos evitando ou diminuindo os problemas do cárcere.

Para Albuquerque uma das soluções para o sistema penal, é o abandono da pena restritiva de liberdade, e, para isso, poderíamos adotar, no futuro, a pena da publicidade, que será uma pena de restrição do direito à intimidade. Logo, essa nova fase da história da sociedade caminha no sentido do “abandono da corporeidade da sanção do direito penal e, portanto, da idealização da sanção do direito penal”.⁵¹

Diferente do que muitos imaginam e defendem, os problemas do cárcere e as responsabilidades da execução penal são de toda a sociedade, não somente do Poder Judiciário ou Poder Executivo. Todos devem contribuir para o retorno do homem, após o cumprimento da sua pena.

3.1. EM PORTUGAL

3.1.1. Perspectiva histórica legislativa.

Destacaremos algumas legislações importantes para o atual ordenamento jurídico da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, do período da Constituição de 1822 até os dias de hoje.

⁵¹ Afirma que pode ser usado como meio de defesa da sociedade, a disponibilidade de uma consulta aos antecedentes de um cidadão e, desta maneira, irá ser realizado uma censura social capaz de conter determinados tipos de crime. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *O futuro dos estudos penitenciários*. In: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. Especial 2004, p. 309. Sobre o tema, Correia nos ensina que a moderna política criminal vislumbra a necessidade de diminuição de punições com penas privativas de liberdade. CORREIA, Eduardo. *Assistência Prisional e Post-Prisional*. In: Boletim da Faculdade de Direito, suplemento XV, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, vol. I, 1961, p. 340.

A Constituição Portuguesa de 1822, incluía diversos regulamentos importantes para o sistema prisional, destacaremos o art. 208º, que garantia a higiene das cadeias, determinando que fossem limpas, seguras e bem arejadas, objetivando segurança e evitando que a vida fosse martírio para o recluso; preceitua a necessidade da separação dos reclusos, conforme suas qualidades e a natureza de seus crimes.

Além disso, permitia que o Juiz, caso entendesse necessário, instalasse em local cômodo e idôneo, para incomunicar o preso objetivando a indagação da verdade. O art. 209º regulou que: “as cadeias serão impreterivelmente visitadas nos tempos determinados pelas leis. Nenhum preso deixará de ser apresentado nestas visitas” e o art. 210º tratou dos casos em que o juiz e o carcereiro, que infringissem as determinações do capítulo seriam castigados com as sanções legais.

A Lei de 1.º de julho de 1868 teve grande importância nas penas. Extinguiu as penas de morte, de trabalhos públicos e de prisão perpétua. A legislação salientava a importância da reinserção social dos reclusos,

Em 1901, o Regulamento das Cadeias Civis do Continente do Reino e Ilhas Adjacentes tinham como objetivo estabelecer regras gerais para as prisões.

O recluso teria obrigatoriedade de trabalhar, podendo ser a exploração por intermédio do Estado, de terceiro, ou pelo próprio recluso; a obrigatoriedade se justifica pelos trechos do Regulamento “[s]e a ociosidade é a mãe de todos os vícios, nas cadeias é Ella a mais enérgica educadora dos criminosos e a maior geradora de crimes”, “ Assim se regulam as cousas de modo que ao preso não seja consentido ficar ocioso, dividindo-se-lhe tempo pelo trabalho nas oficinas, pelo preso, pelas conferências e práticas religiosas, pelas visitas de pessoas de família e outras, pelas horas de refeição e pelo descanso. Arbitra-se-lhe um salário, extraído, do producto do trabalho, em que parte fica pertencendo ao Estado, como indenização pelo sustento que lhes

fornece, e em parte aos presos, constituindo-se-lhes um pequeno pecúlio, ou dividindo-o com a família, que assim se evita de cari na desgraça”. Conclui que o Regulamento abarca várias dificuldades presentes na execução penal, manifestando uma sensibilidade para solucionar as condições nos estabelecimentos prisionais, contudo o Regulamento não obteve êxito na aplicabilidade prática ⁵².

Na Constituição de 1933, destacamos, acerca do direito penitenciário, o art. 123: “Para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança que terão por fim a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação social do delinquente”.⁵³

A Reforma da Organização Prisional do ano 1936 foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de maio. O Preâmbulo do ordenamento já aponta grandes problemas e inovações no sistema prisional. A indiscutibilidade da reforma dos serviços prisionais é necessária para quem conhece a atuação organizacional e os princípios que norteiam quem deve subordinar-se ao regime prisional em caráter de urgência. “A imperfeição e insuficiência orgânicas correspondem a imperfeição e insuficiência das instalações” ⁵⁴.

A Reforma trouxe estruturas novas para os estabelecimentos, dividindo-o em prisões e em estabelecimentos para medidas de segurança. Consagra que os presos devem ser separados conforme a pena, salientando a

⁵² Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. *Relatório da Comissão de Estudo e Debate da reforma do Sistema Prisional*. Editora Almedina, 2005, pp. 15 -16.

⁵³ Sobre o tema: “A Constituição de 1933 era um documento mais preocupado com a imagem do que com a realidade do sistema políticos. Por isso muitas vezes concluí, em cursos e trabalhos, pela sua falta de autenticidade (...)”. MOREIRA, Adriano. *O Novíssimo Príncipe. Análise da Revolução*. Braga / Lisboa, Intervenção, 1977, p.88.

⁵⁴ “As condições de construção, instalação e localização dos edifícios são péssimas e os estabelecimentos insuficientes para o numero existente de reclusos, donde os excessos de lotação prejudiciais à acção disciplinar e educativa, pois os reclusos vivem em promiscuidade inadmissível – presos preventivos ao lado de condenados, anormais ao lado de normais, delinquentes ocasionais ao lado de homens endurecidos no crime. Em poucas palavras e como síntese poderá dizer-se, examinadas as condições em que funciona o regime prisional, que em muitos casos a prisão nada remedeia, convertendo-se a pena, que devia combater o crime, em factor que o multiplica e agrava”. Cfr. Preâmbulo do Decreto-lei n.º 26 643, de 1936.

importância da individualização da pena, servindo assim para sanar problemas de vícios ou defeitos a serem combatidos, e dá ênfase ao trabalho dentro dos estabelecimentos para contribuir na ressocialização.⁵⁵

As prisões foram divididas em dois tipos, as prisões gerais e as prisões especiais.

As prisões gerais eram destinadas aos presos comuns e são divididas de três maneiras: as cadeias comarcas, cadeias centrais e cadeias penitenciárias⁵⁶. As prisões especiais, são destinadas à natureza peculiar do delinquente e divide-se em prisões escolas; prisões sanatórios e prisões hospitalares; prisões maternidades prisões asilos para anormais; prisões para criminosos de difícil correção; colônias penais no ultramar para criminosos de difícil correção; prisões para criminosos políticos e colônias penais no ultramar para delinquentes políticos.

Em 1944, com a Lei n.º 2000, e em 1945, com o Decreto-Lei n.º 34 553, foi criado o Tribunal de Execução das Penas, com isso, fica nítido a preocupação com a fiscalização e a executoriedade da execução penal e mostra também a sensibilidade com a efetivação dos direitos e garantias dos reclusos, jurisdicionando a execução.

Conferiu-se ao Tribunal de Execução das Penas competência para conceder a liberdade condicional e deliberar quanto ao prolongamento, para definir acerca da reabilitação judicial e, decidir sobre a declaração de perigosidade e das alterações do estado de perigosidade criminal já revelado, logo, pretendeu-se jurisdicionar, por completo, a aplicação, modificação ou

⁵⁵ “A ociosidade é prejudicial à vida honesta; o trabalho foi sempre uma escola de virtude e, portanto, um instrumento de regeneração, mas não é este somente o motivo da necessidade de o estabelecer nas prisões; há ainda que contar com a preparação de condições necessárias para que o preso seja reabsorvido socialmente quando pôsto em liberdade e esse objetivo será difícil de atingir se o preso esteve durante muito tempo ocioso”. Cfr. Decreto-lei n.º 26 643, de 1936, VI, 42.

⁵⁶ As cadeias comarcas são para os reclusos que a pena de prisão não supere três meses, as cadeias centrais são para o cumprimento de prisões superiores a três meses e as cadeias penitenciárias são para o cumprimento de uma pena mais extensa, para os que praticaram crimes com maior gravidade.

substituição de penas, ou medidas de segurança, deduzindo as atribuições da Administração⁵⁷.⁵⁸

E em 29 de outubro de 1976, o Decreto-Lei n.º 783 veio consagrar a interferência do Tribunal de Execução Penal no cumprimento das penas e medidas de segurança privativas de liberdade e na reintegração social dos reclusos.⁵⁹

Em 1º de agosto de 1979, foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265, depois alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 414/85, de 18 de outubro a Reforma Penitenciária.

O Decreto-Lei abrangeu diversas matérias do sistema prisional, o autor da reforma foi o Prof. Eduardo Correia, um dos ordenamentos pioneiros do

⁵⁷ LATAS, António. *Intervenção jurisdicional na execução das reacções criminais privativas da liberdade – aspectos práticos*. In: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. esp. 2004, p.208.

⁵⁸ Sobre a jurisdição do cumprimento das penas e das medidas de segurança: “1. As decisões destinadas a modificar ou substituir as penas ou as medias de segurança, no decurso do seu cumprimento, tanto na duração como no regime prisional, são de competência dos tribunais de execução das penas, se por lei não pertencerem a qualquer outro. 2. Por efeito do disposto no número anterior, passam a ser da competência dos tribunais de execução das penas as funções que, nesta matéria, pertenciam ao Conselho Superior dos Serviços Criminais e ao Ministro da Justiça” Lei n.º 2000, de 1944. A estes tribunais, contudo, não foram atribuídos para intervir diretamente nas relações entre a administração e os reclusos, nem a resolver conflitos que apareçam. Refere Beza dos Santos, que os Tribunais de execução das penas “não intervêm na vida interna dos estabelecimentos prisionais, não fiscalizam nem, por outra forma, interferem na aplicação do regime penitenciário, nem em matéria disciplinar, nem em conflitos de qualquer espécie entre os reclusos e os funcionários da prisão”. BELEZA DOS SANTOS, José. *Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões)*. In: Boletim da Faculdade de Direito, Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 297.

⁵⁹ O Preâmbulo do Decreto determina que: “O juiz prolonga a acção do poder judicial na fase do tratamento penitenciário, atenuando a descontinuidade que tradicionalmente tem existido entre julgamento e condenação, por um lado, e actuação penitenciária dirigida à reintegração social do recluso, pelo outro”. Atualmente, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais consagra em seu artigo 92º as competências do juiz (conjuntamente com as funções jurisdicionais previstas no artigo 91º), entre as quais, permanece a atribuição de verificar a forma a serem executadas as condenações com visitas aos estabelecimentos prisionais; analisar as pretensões dos detentos; avaliar as decisões disciplinares com sanções de internamento em cela disciplinar superior a oito dias e avaliar as saídas precárias prolongadas.

novo direito prisional europeu, junto com países como a Itália (1975), Alemanha (1976), e Espanha (1979) ⁶⁰.

A necessidade da reforma tanto na vertente material, quanto na vertente processual, deu-se pela evolução das práticas penitenciárias, na mudança do perfil da população dos estabelecimentos prisionais, na alteração da sociedade.

Isso veio reforçar as garantias do recluso no cumprimento das penas e medidas privativas de liberdade presentes na Constituição, nos ordenamentos internacionais e no Decreto-Lei. Consagram princípios à execução como o respeito aos direitos e interesses juridicamente protegidos e não afetados pela sentença; proibição de qualquer forma de discriminação; incentivo às necessidades socializadoras do recluso e à responsabilização do recluso.

Destacaremos o art. 4º que define a posição do recluso, que deixa de ser “objeto” e passa a ser “sujeito” durante a execução da pena. Consagra o art. 4º n.º 1 : “o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória⁶¹, bem como as impostas em nome da ordem e segurança do estabelecimento”, e o n.º 2 vem revigorar essa ideia, estabelecendo que o recluso “deve ter direito a

⁶⁰ Na Itália o Decreto n.º 230 de 2000, determina os princípios basilares do Sistema Prisional Italiano, Representam a importância pela dignidade da pessoa, assim como pelo tratamento igualitário aos reclusos, sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, raça, condições econômico-sociais religiosa do recluso. Na Alemanha o sistema prisional é “regulado pelo diploma *StVoLLzG* de 1976. A execução da pena de prisão tem como objetivo permitir que o recluso desenvolva capacidade de forma a viver a sua vida sem praticar crimes e servir de proteção à sociedade. O trabalho é obrigatório uma vez que é considerado um instrumento fundamental na reinserção do social do recluso. O trabalho desenvolvido nos estabelecimentos deve ser adequado às capacidades físicas e intelectual deste (...) As *Beiräte* são instituições ligadas a cada estabelecimento prisional que têm como objetivo cuidar do bem-estar dos reclusos. Assim, recebem queixas, pedidos e sugestões dos reclusos, podendo visitar as celas sem qualquer supervisão dos Guardas e obter informações sobre as atividades prisionais, cuidados médicos e a alimentação dos reclusos”. Cfr. *Guia Prático dos Guardas e Serviços Prisionais*, Porto, Dividendo Edições, 1ª edição, 2004, pp. 16 - 17.

⁶¹ Durante o internamento do recluso, alguns direitos ficam restritos por conta da sentença condenatória, do diploma regulador da execução, do regulamento interno do estabelecimento prisional, das decisões do diretor do estabelecimento e dos parecer do medico do estabelecimento. Logo, o exercício do direito será restringido pela segurança e ordem do estabelecimento prisional, obedecendo à “normalidade” e que contribua ao tratamento ou à reinserção social. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Direito Prisional Português e Europeu*. Editora Coimbra, 2006, p. 244.

um trabalho remunerado, aos benefícios da segurança social, assim como, na medida do possível, o acesso à cultura e ao desenvolvimento integral da sua personalidade”.

Estabeleceu-se que as sanções coletivas são proibidas, e a legislação elencou os tipos de medidas disciplinares⁶². O art. 131, prevê que o recluso será informado das sanções disciplinares, e deverá ser ouvido; o diretor, quando necessário, pode ouvir o conselho técnico e proceder a inquérito, e a decisão terá que ser fundamentada e comunicada, oralmente, pelo diretor aos reclusos.

O direito à exposição de queixa e à interposição de recurso foi salvaguardado no art. 138.º. A Direção-geral dos Serviços Prisionais disciplinares, com o intuito de impedir queixas infundadas, atentou que poderia gerar consequências disciplinares e criminais para tais queixas, por meio da Circular n.º 2/GDG/96, de 08 de novembro. Através da Circular n.º 2/94/GA-1, de 24 de junho, explicou a intenção dos estabelecimentos prisionais em aperfeiçoar a atenção aos requerimentos feitos pelos reclusos⁶³.

O Decreto-Lei n.º 265/79 foi expressamente revogado pela Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro.

A Lei n.º 115/2009 aprovou o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, e o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril.

Por fim, conclue que a história legislativa da execução penal tem evoluído conforme as ideias progressistas, contudo, parte das reformas

⁶² “Mas o director poderá determinar alterações ao regime do estabelecimento quando não puderem ser identificados os autores de infracções disciplinares que ponham em risco a manutenção da ordem e disciplina relativamente a certo grupo de reclusos ou, se for o caso disso, a toda a população reclusa do estabelecimento” determina o art. 133, do Decreto-Lei n.º 265/79.

⁶³ GUERREIRO, Valdemar. *A posição jurídica do recluso face à reforma penitenciária de 2009*. IN: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, v. 2, n.º 2, 2013, pp. 185 - 186.

esbarram em problemas de efetivação como a falta de políticas públicas voltadas para os reclusos; interesses da própria sociedade; investimentos financeiros, dentre outros. Logo, podemos perceber que a dificuldade não está na legislação e sim no cumprimento efetivo das normas.

3.1.2. Legislações atuais

A Constituição vigente estabelece regras relevantes para a execução penal, como a individualização da pena como garantia do cidadão; garante que o preso ficará em estabelecimento conforme o ato ilícito que praticou, a idade e o sexo; veta a utilização de penas cruéis e degradantes; consagra o respeito à integridade física e moral do preso.

Atualmente, no Estado Português vigora a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, que trata do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

A pena de prisão tem, em regra, duração mínima de 1 mês e máxima de 20 anos e, em casos de cúmulo jurídico, o limite de 25 anos. A pena de multa pode abranger o valor de 1 euro até o limite de 498,80 euros para cada dia de multa, podendo ter no mínimo 10 dias e no máximo 360 dias. Outras penas possíveis são as penas de prestação de trabalho em favor da comunidade e de admoestação.⁶⁴

O Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade foi dividido em duas partes: execução das penas e medidas privativas de liberdade (livro I) e processo perante o tribunal de execução das penas (livro II).

O livro I estabelece as finalidades⁶⁵, os princípios gerais da execução, direitos e deveres do recluso⁶⁶, o ingresso do nos estabelecimentos prisionais e

⁶⁴ Cfr. arts. 41º, 47º, 58º e 60º, todos do Código Penal Português.

⁶⁵ Cfr. art. 2.º, n.º 1 e 2, do CEP. Tema já abordado no trabalho ver Capítulo I, tópico 4.º.

o funcionamento durante o período da execução da pena, indo do art. 1º ao 132º e a jurisdicionalização da execução da pena, com pareceres do Órgão Ministerial com o objetivo de fiscalizar a legalidade das direções administrativas do estabelecimento prisional.

O outro destaque é para a jurisdicionalização da execução penal, para alcançar o objetivo da legalidade nas decisões da administração dos estabelecimentos prisionais, os processos passaram para vistas do Ministério Público⁶⁷. O capítulo VIII - “Impugnação”, é criado o processo de impugnação para as decisões da administração prisional que, além do órgão Ministerial como fiscal da legalidade, o recluso pode conduzir a alteração ou a anulação.

Como já afirmamos, o Ministério Público é fiscal da legalidade e, para isso, passa a ter competência, juntamente com o tribunal de execução das penas, de visitar os estabelecimentos prisionais, verificar a legalidade das decisões dos serviços prisionais, ouvir os reclusos, garantindo o direito de reclamação, dentre outras funções.⁶⁸

Infelizmente a ideia do aumento da criminalidade reiterada pelos meios de comunicação, cria uma falsa imagem de que a intensificação das penas ou a diminuição da idade penal resolveria os problemas da sociedade com o crime. Desviando um necessário debate social sobre as consequências e objetivos da prisão, e quais reais soluções para um efetivo combate contra o aumento da criminalidade

3.1.3. Constatações Estatísticas

Os índices são importantes para identificarmos quais as características predominantes da população carcerária, dentre eles o sexo, os atos ilícitos praticados, a escolaridade, o que auxilia no plano de reinserção. Além disso

⁶⁶ Cfr. arts. 7.º e 8.º, ambos do CEP. O tema “Direito dos reclusos” foi abordado neste Capítulo (II), tópico 1.º.

⁶⁷ Art. 197.º do Código da Execução das Penas.

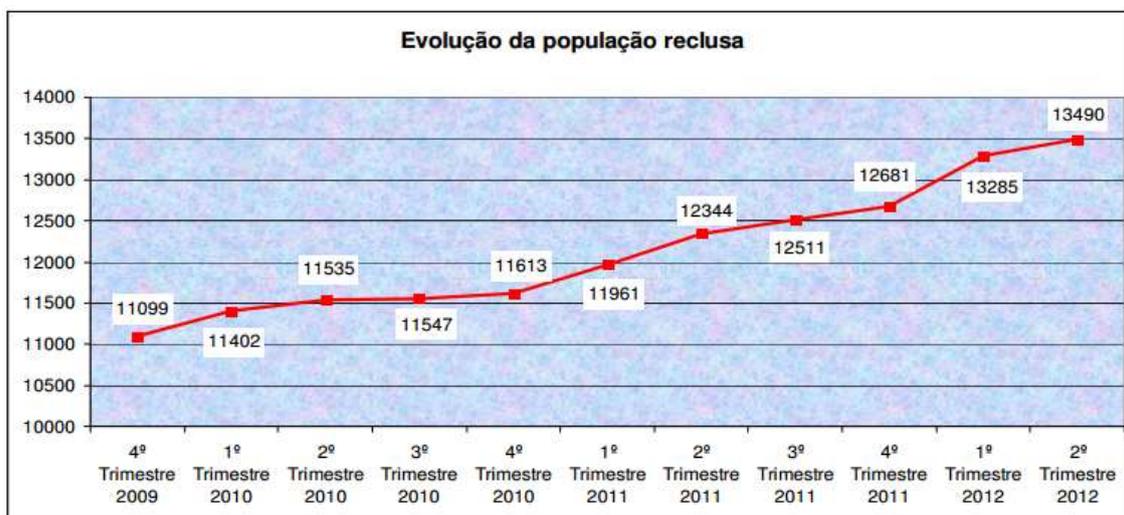
⁶⁸ Art. 145.º do Código da Execução das Penas.

compararemos com estatísticas anteriores, para análise das mudanças que ocorrem durante os anos no sistema prisional.

Para uma análise atual, utilizaremos as estatísticas prisionais referentes ao 2º trimestre de 2012 e, dados de 15 de novembro e 1 de dezembro de 2013, disponibilizados no endereço eletrônico da Direcção Geral dos Serviços Prisionais ⁶⁹.

A tabela abaixo mostra a evolução populacional do ano de 2009 até o ano 2012. Podemos verificar o quanto é crescente o número de reclusos nos estabelecimentos, se o aumento é uma constante, devemos nos empenhar para o crescimento das políticas públicas prisionais, e garantir o cumprimento efetivo do Código de Execução.

Em 2009, no 4º semestre, o número de reclusos era de 11.099, passados três anos, em 2012, o número já era superior a 13.490 reclusos.



A deficiência do sistema prisional se mostra latente quando abordamos a temática lotação prisional. Os índices mostram que as sobrelotações em novembro de 2006, nos estabelecimentos prisionais, eram de 105,6%, dessa maneira, havia 12.644 reclusos para 12.115 lugares, logo ultrapassavam 529

⁶⁹ Cfr. Direcção Geral dos Serviços Prisionais. *Estatísticas Prisionais, 2º Trimestre de 2012*. Governo de Portugal, Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://www.dgsp.mj.pt> >

reclusos a capacidade de vagas. A lotação carcerária é tida como a principal razão do desrespeito com a lei, dificultando a separação dos reclusos pela idade, e sua situação jurídica ⁷⁰.

A realidade mostra que desde vários anos, principalmente durante o final da década de 80, a população carcerária de Portugal é superior ao número de vagas oferecidas, superlotando os estabelecimentos prisionais ⁷¹.

Em Portugal, no ano de 2006, haviam 32 estabelecimentos prisionais regionais – ERP – com lotações que alteravam entre 28 e 243 lugares. Entre esses 12 haviam lotações abaixo de 50 lugares; 9 estabelecimentos tinham lotação de 50 até 100 lugares; 10 tinham lotação de 101 a 200 lugares e 1 estabelecimento possuía lotação acima de 200 lugares. Há estabelecimentos prisionais centrais – EPC – com lotações de 60 até 887 lugares. Apenas o de Monsanto e de Santarém, possuem lotação abaixo de 100 lugares. Seis EPC tinham lotação superior a 600 lugares, e os outros possuíam lotações superiores a 289 sendo inferiores a 600. Também há 4 estabelecimentos prisionais especiais – EPE –, o de Santa Cruz do Bispo, com lotação provisória de 190 lugares; de Tires, com lotação de 470 lugares para a população prisional feminina; de Leiria, com lotação de 347 lugares para reclusos com idades entre 16 e 21 anos, e o Hospital Prisional de São João de Deus, com lotação de 195 lugares.⁷²

Nos dados do ano de 2012, podemos observar que os estabelecimentos prisionais, em sua maioria, estão superlotados, apenas os estabelecimentos especiais estão funcionando com 71,6% da sua capacidade;

⁷⁰ FERNANDES, Agostinho; RATO, João. *Execução da Pena de Prisão em Portugal – Sistema Prisional Português*. In: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias*. Editora Juruá, Curitiba, 2008, p. 50.

⁷¹ FERNANDES, Agostinho; RATO, João. *Execução da Pena de Prisão em Portugal – Sistema Prisional Português*. In: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias*. Editora Juruá, Curitiba, 2008, p.49.

⁷² FERNANDES, Agostinho; RATO, João. *Execução da Pena de Prisão em Portugal – Sistema Prisional Português*. In: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias*. Editora Juruá, Curitiba, 2008, p. 48.

nos estabelecimentos centrais suas capacidade supera o limite, funcionando com a taxa de ocupação de 108,8%, logo com lotação de 701 lugares na população prisional. Nos estabelecimentos prisionais regionais os índices de lotação são superiores, a taxa de ocupação é de 138,7%, correspondendo assim, a 999 reclusos acima da capacidade.

Abaixo os índices da distribuição dos 13.490 reclusos pela situação penal, sexo e tipo de estabelecimento prisional referente ao 2º trimestre de 2012.

	PREVENTIVOS		CONDENADOS	TOTAL DE RECLUSOS	LOTAÇÃO	TAXA DE OCUPAÇÃO (%)	HOMENS	MULHERES
	Aguardar Julgamento	Aguardar Trans. Julgaco						
Est. Prisionais Centrais	997	414	7258	8669	7966	108,8	8857	12
Est. Prisionais Especiais	186	50	345	1094	509	71,6	422	672
Est. Prisionais Regionais	759	206	2607	3582	2582	138,7	3524	58
TOTAL (com E.P.)	1952 (14,4%)	683 (5,1%)	10710 (79,4%)	13345	12077	110,5	12503 (94,4%)	742 (5,6%)
Est. Psij. Não Prisionais			145 (1,1%)	145			127	18
TOTAL de Reclusos	1952	683	10855	13490			12730	760

Conforme as estatísticas de 2012 os índices dos reclusos são do gênero masculino correspondem a 94,4% e apenas 5,6% são referentes ao gênero feminino em 2012. Comparado ao 1º trimestre de 2010 até o 2º trimestre de 2012 os números permanecem quase o mesmo.

A grande parte dos reclusos sabe ler, apenas 4,2% não sabem nem ler nem escrever. A escolaridade predominante é de reclusos no 1.º C. ensino básico (1.º, 2.º, 3.º e 4.º anos), representam 29% do total. Abaixo a tabela

apresenta dados acerca da habilitação literária dos reclusos por sexo e nacionalidade, do 2º semestre de 2012.

Hab. Literárias	Homens						Mulheres						TOTAL	
	Portugueses		Estrangeiros		Total		Portugueses		Estrangeiros		Total		n	%
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%		
Não sabendo ler nem escrever	430	4,2	69	2,8	499	3,9	63	10,9	9	5,0	72	9,5	571	4,2
Sabendo ler e escrever	342	3,3	110	4,4	452	3,6	59	10,2	19	10,5	78	10,3	530	3,9
Com Frequência de Ensino	9413	91,9	2281	91,7	11694	91,9	446	77,0	145	80,1	591	77,8	12285	91,1
1º C. Ensino Básico (1º, 2º, 3º e 4º anos)	3264	31,9	434	17,5	3698	29,0	172	29,7	41	22,7	213	28,0	3911	29,0
2º C. Ensino Básico (5º e 6º anos)	2833	27,7	406	16,3	3239	25,4	98	16,9	22	12,2	120	15,8	3359	24,9
3º C. Ensino Básico (7º, 8º e 9º anos)	2390	23,3	694	27,9	3084	24,2	109	18,8	33	18,2	142	18,7	3226	23,9
Secundário (10º, 11º e 12º anos)	761	7,4	611	24,6	1372	10,8	54	9,3	30	16,6	84	11,1	1456	10,8
Ensino Superior	157	1,5	125	5,0	282	2,2	12	2,1	15	8,3	27	3,6	309	2,3
Outros cursos	8	0,1	11	0,4	19	0,1	1	0,2	4	2,2	5	0,7	24	0,2
Informação não disponível	58	0,6	27	1,1	85	0,7	11	1,9	8	4,4	19	2,5	104	0,8
TOTAL*	10243	100	2487	100	12730	100	579	100	181	100	760	100	13490	100

*Estão contabilizados 145 (127 homens e 18 mulheres) reclusos inimputáveis internados em Estabelecimentos Psiquiátricos Não Prisionais

A pesquisa dos Serviços Prisionais também abrangeu a nacionalidade dos 13490 reclusos e mostrou que a maioria é nacional, totalizando 10822 reclusos portugueses (80,2%), e 2.668 reclusos estrangeiros (19,8%), originados principalmente dos países de Cabo Verde, do Brasil e da Romênia.

Acerca da estrutura etária 0,6% estão entre 16 – 18 anos; 2,2% correspondem a 19 – 20 anos; de 21 – 24 anos representa 10%, de 25 – 29 são 17,5%, a grande maioria tem idade entre 30 – 39 anos com um total de 33,6%; de 40 – 49 anos com 22,5%, de 50 – 59 anos equivale a 10,1%, por fim, superior a 60 anos semelha-se a 3,5%.

Por fim, a pesquisa verificou o tipo de crime pelo qual o recluso foi condenado. Entre os reclusos do sexo masculino, o crime com maior incidência foi o crime de tráfico de estupefacientes (16,8%), seguido pelo crime de roubo (14,6%) e crime de furto simples e qualificado (12,7%). Já entre os reclusos do sexo feminino, o crime de tráfico de estupefacientes (43,9%) foi o mais

praticado, em segundo lugar o crime de homicídio (9,4%) e em terceiro o de furto simples e qualificado (8,6%).

Resumindo as informações das Estatísticas Prisionais fornecidas pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais o perfil do recluso nos estabelecimentos prisionais portugueses tem por características: sexo masculino, português, com idade entre 30 a 39 anos, habilidade literária é do 1.º C. Ensino Básico (1.º, 2.º 3.º e 4.º anos), esta recluso em um estabelecimento prisional central, já condenado pelo crime de tráfico de estupefacientes.

Podemos concluir, que a maioria dos condenados portugueses não podem ser classificados por alta periculosidade, não provindo, assim, de uma delinquência grave e violenta e possuem baixo nível de escolaridade, refletindo um fracasso escolar. Essa conclusão convoca-nos a refletir sobre a realidade do condenado, para uma intervenção técnica durante a execução da pena, para alcançarmos as finalidades das penas.

Alongar a permanência do recluso nos estabelecimentos prisionais com penas mais severas não irá evitar a reincidência no crime do tráfico de estupefacientes. A possível resposta para a ressocialização nos presídios está em qualificar o condenado, preparando-o para a vida após o cumprimento da pena. Muitas vezes, um longo período recluso apenas afasta-o ainda mais da ressocialização.

A busca pelo combate à criminalidade é um discurso antigo em diversos fóruns europeus e internacionais, e suas conclusões direcionam para a necessidade de incentivar medidas alternativas à prisão. Em Portugal, em special, os debates se tornam relevantes por tratar-se de um dos países com uma das mais altas taxas de população reclusa⁷³.

⁷³ Disto nos dá notícia FURTADO, Leonor. A execução de penas e a política de reinserção em Portugal. In: Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 59, 2009, p. 36.

Devemos, juntamente com o Estado, buscar uma solução eficaz para o problema atual da população carcerária, tornando o sistema mais eficaz, investindo em políticas públicas, penitenciárias que condizam com a realidade dos reclusos, garantindo como um todo as finalidades da execução.

3.2. NO BRASIL

3.2.1. Perspectiva histórica legislativa

Na época que o Brasil era colônia de Portugal foi instaurado a legislação portuguesa. Na época vigorava as Ordenações Afonsinas, promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V. Depois, passou a vigor as Ordenações Manuelinas, do reinado de D. Manuel I, no ano de 1521. Posteriormente, as Ordenações Filipinas 1603, na época do reinado de D. Filipe II.

Tempos depois, foi outorgada a primeira Constituição do Brasil, conhecida como Constituição do Império, no ano de 1824, mesmo o país ainda sendo colônia de Portugal. Em 1930, após a proclamação da independência, foi sancionado o Código Criminal do Império, com uma legislação mais humanizada, mas a legislação específica para a execução penal e medidas privativas de liberdade, ainda não era uma realidade.

A denominação Código Penitenciário da República utilizada para a primeira tentativa de efetivar uma regra de execução, no ano de 1933, apresentado por Lemos de Brito, Cândido Mendes e Heitor Carrilho, contudo o projeto não obteve êxito, contudo, revelou uma lacuna no ordenamento, já que a execução das penas, não era abrangido pelo Código Penal ou Processual Penal.

Após diversas tentativas de projetos, somente em 1981 a primeira comissão foi instituída⁷⁴. No ano de 1983, o Presidente da República João Figueiredo conduziu o projeto ao Congresso Nacional. A Lei de Execução Penal foi aprovada, e promulgada em 1984, unificando as normas tanto no plano administrativo como no judiciário, e, simultaneamente, entrou em vigor com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, 13 de maio de 1985.

E em 1988, foi promulgada a Constituição da República do Brasil, que vigora até os dias atuais e estabelece algumas regras referentes à execução da pena.

Salientamos, o art. 5º, *XLVII*, a Constituição limita a execução da pena, vetando, no território nacional, penas de morte (com exceção de caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. DesSa maneira, a lei infraconstitucional prevê as penas privativas de liberdade (artigo 33.º do Código Penal), restritivas de direitos (artigo 43.º do Código Penal) e multa (artigo 49.º do Código Penal).

A Constituição da República prevê ainda à proteção a integridade pessoal, é vetando penas cruéis, degradantes ou desumanas; garante as presidiárias condições para que amamentem seus filhos; firma aos presos o respeito à integridade física e moral; estipula que o cumprimento da pena seja em estabelecimentos distintos, em conformidade com a natureza do crime, a idade e o sexo do preso.

Ademais, a Lei de Execução prevê que a pena privativa de liberdade seja de maneira progressiva, com as mudanças de regime, tanto progressivamente quanto regressivamente. Resalta que a presença do juiz e o seu acompanhamento na realidade de cada recluso (individualização da pena)

⁷⁴ A comissão que apresentou o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal era formada pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, e por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Clixto.

se mostra importante e valorizada para que a pena seja definida corretamente.⁷⁵

Destacam-se determinados princípios básicos da execução da pena. O princípio da Legalidade e anterioridade presente no art. 5º, XXXIX da CFB/88 e no art. 45 da LEP, e o princípio da Personalidade ou Intranscendência, consagrado no art. 5º, XLV, da CFB, e na convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) art. 5º, 3 na qual o Brasil é signatário, garante que somente a pessoa que praticou o ato antijurídico, seja processada legalmente, que, se comprovada autoria e materialidade, poderá responder criminalmente, jamais a responsabilidade poderá ultrapassar a sua pessoa para atingir terceiros não envolvidos com o ato criminal.

Ademais, o Estado brasileiro veta penas contrárias à dignidade humana, conforme o art. 5º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Destaca-se que a proibição alcança tanto a criação de penas com esse caráter, quanto, a transmutação das penas atuais em penas com esse fim.

3.2.2. Legislações Atuais

Contestando a Constituição, as maiorias das penitenciárias brasileiras são o sinal do descaso do Poder Público. O mesmo Estado que tem por obrigação punir atos tipificados como crime, tem com “cláusula pétrea” os direitos e garantias individuais (cfr. art. 60º, §4º, IV, da CFB), não vem cumprindo esses direitos aos reclusos.⁷⁶

⁷⁵ Partilha do mesmo entendimento o seguinte julgado: “A execução criminal tem inescandível caráter de processo judicial, que, por isso, como garantia que é do réu, deve observar os princípios constitucionais respectivos. Não é possível o Juiz da Execução excluir algum benefício prisional, quer indeferindo o quer revogando o, sem a observância do devido processo legal, fazendo ouvir previamente o réu e assegurando a ele a assistência técnica indispensável a que se observe o preceito constitucional do contraditório”. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, HC nº 132.753/5, 5ª C.Cr., Relator Juiz Adauto Suannes.

⁷⁶ Podemos associar o atual sistema brasileiro a uma máquina. Onde foi planejado para funcionar com determinadas tipos e números de peças, cada uma com suas peculiaridades, contudo, não podemos

Atualmente, por conta das deficiências das políticas públicas na área educacional, na ressocialização do recluso, entre outras, o sentimento de insegurança impera entre os brasileiros, a criminalidade cresce e a população vive enclausurada em suas casas com medo da violência.

Conforme o Código Penal Brasileiro no art. 38: “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”, o art. 3 da Lei de Execução Penal: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. E o art. 40 da mesma legislação “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

No Brasil a dificuldade do detendo aumenta quando a barreira econômica surge, a defensoria pública em suma maioria é sobrecarregada, e estes cidadãos desprovidos de recursos financeiros não podem contratar um advogado ou/e não podem arcar com as custas para garantir a efetividade dos seus direitos durante a execução da pena.

Mesmo com os impulsos para uma justiça gratuita⁷⁷ o sistema judiciário brasileiro não consegue garantir que os detentos sejam integralmente abrangidos. Diversas vezes, violações são cometidas quando há um atraso na outorga de benefícios a detentos que já podem progredir de regime ou nos casos conclusão da pena, logo a negligência e a ineficiência do Estado fica em evidente. Desta maneira, a descentralização da capacidade postulatória das mãos dos advogados pode-se caminhar para um progresso no sistema penitenciário.

condenar ou exigir funcionamento correto utilizarmos peças irregulares, energia insuficiente e sem a devida manutenção periódica. E assim funciona a execução da pena determinada hora com voltagem errada, ora com peças indevidas, ora inerte. BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁷⁷ A Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 5º, LXXII estipulou que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”.

Conjuntamente, a superlotação das celas infelizmente é uma realidade dos presídios brasileiros, sua precariedade e insalubridade propiciam o contágio de doenças, tornando ainda, mas difícil a vida do detento. Os agentes penitenciários, por sua vez, para conseguir conter e corrigir os detentos principalmente após rebeliões, acabam agredindo e algumas vezes acaba em execução, como o ocorrido no Estado de São Paulo no ano de 1992, conhecido como “Massacre do Carandiru”, onde 111 presos foram mortos.⁷⁸

Esperamos que o em um futuro próximo a situação do apenado mude, que o tratamento para reeducar esses cidadãos seja eficiente, que assim evite a reincidência. Atualmente, o encarceramento “marginaliza ainda mais os marginalizados pela sociedade”, pois, o condenado sofre uma dupla penalização, a pena determinada pela sentença penal (cerceamento da liberdade) e o lamentável estado da vida nas penitenciárias.⁷⁹

Conforme as Estatísticas do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfroPen⁸⁰, a situação carcerária no Brasil em dezembro de 2012, era de 513.713 reclusos. Contudo havia apenas 288.104 vagas para reclusos do sexo masculino, e 22.583 vagas para reclusos do sexo feminino. O que se pode concluir é em um déficit de aproximadamente 34, 65% vagas.⁸¹

⁷⁸ Sobre o tema, “Massacre do Carandiru”, ver, VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo, editora Companhia das Letras, 1999. Vide, também, RAMOS, Hosmany. *Pavilhão 9 - Paixão e Morte no Carandiru*. Editora Geração Editorial, 2001.

⁷⁹ No momento do encarceramento o preso não perde apenas o direito de liberdade, há um prejuízo em todos os direitos fundamentais que não foram abrangidos pela sentença, destina-se a um tratamento execrável, sofrendo diversas violações a sua dignidade, logo, esse processo não vislumbra quaisquer condições para uma reinserção na sociedade. ASSIS, Rafael Damaceno de. *A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro*. IN: Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, out./dez. 2007. p. 75.

⁸⁰ Ministério da Justiça, R010 – Página 1 de 1, Disponível em: <portal.mj.gov.br> Acesso em 03 de dezembro de 2013.

⁸¹ Observamos que, o modelo presente visa prioritariamente, e às vezes exclusivamente, o efeito punitivo da finalista da execução e não a ressocialização do recluso. O Estado deixa de lado os “direitos humanos”, e da ênfase nos “deveres dos reclusos”. O trecho do texto de Marcos Rolim elucida metaforicamente: “Se os presídios podem ser equiparados ao labirinto da mitologia grega, onde o Rei Minos recebia, anualmente, seu tributo de sangue, poderíamos afirmar que o Estado cumpre aqui a função da temível criatura - metade homem, metade touro. Primeiro, assegura que os presos

Ademais, o grau de instrução da maioria dos reclusos corresponde ao ensino fundamental incompleto. Outra informação importante é que o crime mais praticado, assim como no Estado português, o tráfico de entorpecentes que representa mais encarcerados.

experimentem o cárcere como privação absoluta. Amontoados como restos em corredores úmidos e fedorentos, os presos gaúchos, em regra, experimentam a pena em galerias; onde estão, às vezes, mais de uma centena deles. Entenda-se: o regime prisional efetivo no Brasil - absolutamente ilegal - é o da "prisão coletiva" onde estão todos os tipos de delinquentes separados não pela gravidade dos crimes pelos quais foram condenados, mas, normalmente, pelos laços de pertencimento, fidelidade ou submissão a grupos organizados no mundo do crime, na medida da rivalidade existente entre eles. Depois de trancafiá-los assim, expondo os mais frágeis a todo o tipo de violência física ou sexual, o Estado encarrega-se de submeter-lhes a uma noção de disciplina totalmente heterônoma procurando alcançar um controle interno equivalente à conduta de corpos dóceis. Incentiva, então, procedimentos como a delação e oferece tratamento privilegiado aos internos que revelarem-se "úteis" ao objetivo de alcançar a dominação sobre o conjunto da massa carcerária. Frequentemente, para que os internos não questionem as relações de absoluta submissão que lhe são propostas, alguns dentre eles devem ser espancados e/ou isolados disciplinarmente em celas de contenção - normalmente cubículos nojentos e escuros". ROLIM, Marcos. *O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne: os encarcerados e a cidadania, além do mito*. In: ROLIM, Marcos. *Teses para uma esquerda humanista e outros textos*. Porto Alegre, editora Sulina, 1999, p.44. No mesmo sentido, cfr. GAMA, no Brasil ao invés de educar o condenado, o sistema penitenciário atualmente é "ambiente propício e fértil para lições de criminalidade". E Conclui, que há um descaso das autoridades públicas com o problema da superlotação carcerária, presente em grande parte dos presídios. Assim, GAMA, Ricardo Rodrigues. *A prisão no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 136, out./dez. de 1997, 10/1997,

2ª PARTE

O CONTROLE JURISDICIONAL E O RECLUSO

4. A JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA

A importância da jurisdicionalização da execução penal é incontestável, pois une a intenção executória do Estado com a preservação dos direitos fundamentais do recluso.

Lembremos que no passado execução penal era relegada aos órgãos administrativos e as progressões de regime e regressões, benefícios e indultos eram concedidos pela administração prisional ou Chefe do executivo. O juiz tinha a função de calcular a pena, após isso o destino da execução ficava a cargo do executivo⁸².

Distinguiam-se a fase da atividade judiciária, com natureza processual (execução) e a fase da atividade administrativa, com natureza material (cumprimento)⁸³.

Anteriormente, à época dos “direitos dos reclusos”, a jurisdição da execução seguia uma preocupação de evitar “uma interferência da caráter

⁸² BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁸³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra Editora, 2000.

judiciário na vida internadas prisões, isto é, na efectivação ou na fiscalização do regime penitenciário que aí deve observar-se”⁸⁴.

Em Portugal, a jurisdicionalização da execução teve início com a Lei n.º 2000, de 1945, que criou o tribunal de execução das penas, que teve como plano de fundo um direito penal do agente, pautado no combate à perigosidade do recluso e na sua reabilitação ^{85 86}.

O movimento de jurisdicionalização garantiu um alargamento nas competências do Tribunal de Execução das Penas, tendo como função a proteção das garantias jurídicas do recluso. Passou a interferir nas relações entre administração prisional e os reclusos⁸⁷.

Na Itália e na França, grande parte dos doutrinadores se posicionava pelo entendimento da execução como atividade meramente administrativa, isso mudou e grande parte dos países europeus reconhece a jurisdicionalização da execução da pena⁸⁸.

Especificamente no direito italiano, os juízes de vigilância tinham função de inspeção ou de vigilância, o que influenciando o na legislação

⁸⁴ BELEZA DOS SANTOS, José. *Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões)*, In: Boletim da Faculdade de Direito Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 290.

⁸⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão, Projecto de proposta de Lei de Execução da Penas e Medidas Privativas de Liberdade. Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2002, p. 210.*

⁸⁶ Os tribunais de execução da pena tinham competência para decidir acerca da liberdade condicional dos reclusos durante o cumprimento de pena ou nos casos de medidas de segurança e decidir acerca do período da duração. BELEZA DOS SANTOS, José. *Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões)*. In: Boletim da Faculdade de Direito, Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 326.

⁸⁷ A função judiciária aparece, tipicamente, quando há um conflito e o julgador, posição supra-partes, da uma solução, contudo, nem sempre há necessidade de uma situação conflituosa. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão. Projecto de proposta de Lei de Execução da Penas e Medidas Privativas de Liberdade. Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2002, p. 211.*

⁸⁸ No Brasil, a execução penal é conduzida pelo poder judiciário, conforme os princípios estabelecimentos na Constituição. Também é competência do juiz, decidir sobre os incidentes e outras questões que sobrevenham à execução penal. BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

portuguesa para a jurisdicionalização em matéria da execução das penas e aplicação de medidas de segurança⁸⁹.

No Brasil, a jurisdicionalização é tida como exigência inafastável do próprio objetivo de reeducação da lei de execução, por isso, confere ao juiz da execução o poder de modificar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, até o próprio título executivo⁹⁰.

Atualmente, em Portugal, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade trata do tema em seu artigo 133.º sobre a jurisdicionalização da execução penal, afirma que: “Compete aos tribunais judiciais administrar a justiça penal em matéria de execução das penas e medidas privativas de liberdade, nos termos da lei” e sobre as competências do tribunais de execução das penas nos 137.º sobre a competência territorial e 138.º sobre a competência material.

Destacamos a competência de proteger, garantindo os direitos dos reclusos, verificando acerca da legalidade das decisões da administração prisional. E determina a competência ao tribunal de execução das penas após o trânsito em julgado da sentença, fará o acompanhamento e a fiscalização e, quando houver necessidade decidirá acerca da modificação, substituição e extinção da execução.

Com as afirmações dos direitos fundamentais⁹¹, valorizou-se o controle da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade por meio da jurisdicionalização⁹². Contudo, o direito internacional não exige esse

⁸⁹ BELEZA DOS SANTOS, José. *Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões)*. In: Boletim da Faculdade de Direito, Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 289 - 290.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A defesa do condenado na execução penal*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, BUSANA, Dante (Orgs.) *Execução penal*. São Paulo, editora Max Limonad, 1987, p. 38.

⁹¹ Iremos abordar a influência dos Tratados Internacionais que firmaram os direitos fundamentais dos reclusos.

⁹² Na Argentina, são executadas jurisdicionalmente as penas e medidas não privativas de liberdade sem nenhuma intervenção da administração. Contudo, segundo as leis penitenciárias nos casos de penas e medidas privativas de liberdade, em regra, a administração é encarregada da execução. Por outro lado,

controle na execução, apenas firma o direito de queixa dos reclusos perante as autoridades competentes.

O direito de aceder a um tribunal já enseja uma maior garantia do cumprimento dos outros direitos. Abordaremos importância dos princípios estabelecidos na constituição, no direito penal e no direito processual penal para um cumprimento efetivo da jurisdicionalização da execução penal.

A ideia de que o processo terminava na sentença condenatória não cabe nos dias atuais, entretanto o processo reaparece com uma finalidade distinta na fase da execução. Já há uma sentença transitada em julgada, contudo, com os fatos que podem vir a ocorrer na execução, pode ser modificada.

4.1. OS PRINCÍPIOS

É importante mencionar alguns princípios que estruturam a atual execução penal, que estão presentes no Código da Execução das Penas e nas regras estabelecidas pela Constituição.

Para a proteção dos direitos do recluso é necessário, garantir mecanismos processuais capazes de contribuir com o controle jurisdicional na execução e os princípios auxiliam nesta assistência.

Lembramos que a infração de um princípio é muito mais grave do que a violação de uma norma qualquer, pois o lapso ao princípio transgride todo o sistema de comando, não somente um peculiar preceito obrigatório ⁹³.

as decisões principais do primeiro dia ao último da execução da pena são de competência de órgão jurisdicional. Incumbido a este, por exemplo, a remissão, o livramento condicional e os incidentes que possam surgir. FERNANDES; GRINOVER; GOMES FILHO. A exigência de jurisdicionalização da execução. In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991, p.12.

⁹³ Mello ensina que: “É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores

4.1.1. Acesso ao Direito e aos Tribunais

Garantir o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus interesses é essencial ao controle do recluso. Segundo Cappelletti e Garth, “O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”, este princípio estabelece maior amplitude aos direitos internacionais, deve ser viabilizado de maneira ampla não somente no plano do direito à liberdade, mas relacionando a qualquer direito dedicado ao cidadão ⁹⁴.

Para a garantia dos demais direitos o acesso ao direito e aos tribunais⁹⁵ é de fundamental importância, pois “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” ⁹⁶.

Quando se trata de execução penal, devemos buscar maneiras de facilitar que o recluso tenha acesso ao judiciário, pois se trata de um direito básico, principalmente quando o cidadão está em situação de vulnerabilidade como no caso dos que cumprem pena no sistema prisional.

Dentre os obstáculos estão as custas judiciais, já que a maioria dos reclusos não tem condições econômicas de contratar um advogado particular para defesa. Além disso, o conhecimento de direito é essencial para a capacidade jurídica, por isso, é importante que o recluso conheça reconhecer um direito, para posteriormente o requerer perante o juiz da execução. Esses

fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª edição, São Paulo, editora Malheiros Editores, 2000, p. 748.

⁹⁴ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Editor Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p.05 e ss.

⁹⁵ Salvaguardado pela Constituição da República em seu artigo 20.º.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, reimpresso 2002, p.05.

fatores distanciam o recluso do controle da pena, reduzindo essas barreiras podemos corroborar para o acesso do recluso ao judiciário.

O Estado deve investir em assistência jurídica aos, economicamente, necessitados, criar mecanismos para tornar mais acessível e simples os métodos processuais e auxiliar o recluso, ofertando instrumentos para o desenvolvimento do conhecimento jurídico, especificamente para nortear o caso concreto do recluso.

Essa ideia de liberdade das formas é tratada por diversos juristas. Destacamos a opinião de Dinamarco, que se posiciona afirmando que o enrijecimento das formas, para garantir direitos, acaba por ter papel diverso, como o formalismo obcecado e irracional que gera o empobrecimento do processo e não alcança seus fins⁹⁷.

4.1.2. Devido Processo Legal

É considerado como princípio fundamental na estruturação dos estados de direito moderno. Alguns doutrinadores o tratam como princípio mãe,⁹⁸ do qual os outros se originam, e deve ser utilizado em qualquer processo judicial e nos processos administrativos.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. volume I., São Paulo, editora Malheiros, 2003, p. 155.

⁹⁸ Conforme o Ministro Celso de Mello acerca do tema: "O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes" (STJ, HC 94601, DJ 10-09-2009).

Essa proteção efetiva do princípio do devido processo legal garante diversos direitos ao acusado, entre esses a plenitude de defesa⁹⁹, que envolve o direito de ser ouvido, de informação dos atos processuais, de defesa técnica, de motivações e publicidade das decisões, de ser julgado perante o juízo competente e ao duplo grau de jurisdição. Deve ser garantido não somente nos processos judiciais, civis e criminais, mas também em procedimentos administrativos e militares¹⁰⁰.

Dessa maneira, a efetivação do princípio é uma garantia de que o condenado terá sua causa apreciada pelo poder judiciário, conforme estabelecido por lei, sendo imprescindível o direito de defesa da maneira mais ampla.¹⁰¹

4.1.3. Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo preservar o ser humano, do início ao fim da vida, garantindo o mínimo para uma vida digna na sociedade.¹⁰²

A Constituição em seu art. 1º trás a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental para a República, “Portugal é uma República soberana,

⁹⁹ O princípio do devido processo legal não se limita em garantir a regularidade do processo, abarca o direito das partes de apresentarem suas razões e provas. Pelos motivos, a essência do devido processo legal é o de proteger a ampla defesa e o contraditório. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, editora Saraiva, 2ª edição, 2003, p. 83.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo, editora Saraiva, 20ª edição, 2013, p.82.

¹⁰¹ Neste mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson afirma que: “A cláusula do *procedural due process* of law nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.” *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2004, p. 70.

¹⁰² Nas palavras de OLIVEIRA, “Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos pessoais de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social”. OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. *O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo, editora Quartier Latin, 2009, p. 816.

baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.¹⁰³

A consciência da dignidade depende da evolução da humanidade, diretamente ligada ao respeito do homem como pessoa, logo está acoplada aos direitos fundamentais de cada indivíduo da sociedade juntamente com o Estado¹⁰⁴.

Já a execução penal é constituída para o cumprimento de uma sentença condenatória, por isso, deve salvaguardar a dignidade humana do recluso, e como seus direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a honra e a intimidade, além de obedecer de maneira totalitária os princípios constitucionais, penais e os processuais penais. A Lei 115/2009 assegura o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os demais princípios fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa

O Estado democrático de direito, há regras mínimas para a proteção da dignidade da pessoa humana, de onde pode extrair, ao menos, pequenas regras básicas acerca do processo penal: durante o processo deve ser garantida a concreta participação das partes, contribuindo para o julgamento; na investigação, no processo condenatório, no processo de execução deve observado e levar em conta a dignidade da pessoa acusada ou condenada, sendo vedado qualquer ato contra os seus valores essenciais; portanto, em qualquer processo, deve-se garantir mecanismos de defesa contra atos violadores de sua dignidade humana.¹⁰⁵

¹⁰³ A Constituição brasileira também estabeleceu como princípio constitucional no seu art. 1º, III, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...) a dignidade da pessoa humana.”

¹⁰⁴ ZISMAN, Célia Rosenthal. *Estudos de Direito constitucional: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Cood. Maria Garcia. São Paulo, editora Thomson, 2005, p. 39.

¹⁰⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Vinte anos de Constituição e o processo penal*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos de Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, p. 86.

O princípio da Dignidade da pessoa humana está presente no Código de Execução das penas em diversos artigos. No caso de revista pessoal do recluso, no momento do seu ingresso em um determinado estabelecimento prisional, deve ser assegurado o respeito pela sua “dignidade e integridade e pelo seu sentimento de pudor”. Além disso, os espaços de alojamento, por sua vez, devem respeitar a dignidade do recluso, bem como satisfazer exigências de segurança e de habitabilidade, designadamente em relação à “higiene, luz natural e artificial, adequação às condições climatéricas, ventilação, cubicagem e mobiliário”

Ademais, o trabalho, que visa criar, manter e desenvolver capacidades no recluso para desenvolver atividade laborais após libertação do recluso, deve respeitar sua dignidade, bem como as condições de equivalência de trabalho análogo em liberdade, nomeadamente, condições de higiene, saúde e segurança, não podendo ser-lhe atribuídas tarefas perigosas ou insalubres que prejudiquem o seu direito ao descanso e ao lazer.

Acerca das visitas feitas ao recluso, estas não terão duração inferior a uma hora, devendo garantir ao respeito do recluso e ao visitante, quanto à dignidade e privacidade devendo, em sede de realização de controle dos visitantes, serem utilizados equipamentos de detecção, por palpação e por revista ao vestuário, calçado, mala pessoal ou objecto similar, mas sempre com respeito à sua dignidade, integridade e seu sentimento de pudor.

Da mesma forma, em carácter de ordem, segurança e disciplina, as revistas ocorridas ao recluso apenas serão realizadas na modalidade de revista pessoal, ante a impossibilidade de utilização de instrumentos de detecção, situação em que pessoa do mesmo sexo do recluso realizará a referida, com respeito à sua dignidade e integridade e ao seu sentimento de pudor.

Observe-se que há a possibilidade de utilização de meios coercitivos em âmbito de afastamento de perigo atual para a ordem e segurança do

estabelecimento prisional, entretanto, não podendo tais meios coercitivos não podem afetar a dignidade do recluso nem serem utilizados a título disciplinar.

Caso um fato constitua infração disciplinar, dentre os especificados pela Lei 115/2009, a mesma poderá ser punida disciplinarmente, não podendo a medida disciplinar, quer pela sua natureza quer pelo modo de execução, ofender a dignidade, nem comprometer a saúde ou a integridade física do recluso. Os casos de exigência de produção de plano terapêutico e reabilitação do internado, aplicação de medida de segurança privativa da liberdade ou de internamento de imputável, deve ser respeitada sua individualidade e dignidade.

4.1.4. Ampla Defesa e Contraditório

Garantir a ampla defesa implica o dever do Estado de garantir a todos os cidadãos a defesa no âmbito mais abrangente possível, dividindo-se em “sendo pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor)”^{106,107}

Entendemos que, sem a garantia efetiva do princípio os processos deverão ser nulos¹⁰⁸. Ademais, a ampla defesa e o contraditório correspondem uma ciência bilateral (direito de ataque e de defesa) que ocorre nos atos ou termos processuais e possibilitando a contrariedade¹⁰⁹.

Para a plenitude de defesas ambas as partes devem apresentar argumentações, serem ouvidas e deve ser oportunizado a respostas de alegações. Pressupõe conhecimento dos atos processuais, entendemos que deve ser o mais simples e acessível possível, facilitando a compreensão da sociedade em geral, e o direito de resposta. Complementando isso, é

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo, editora Saraiva, 20ª edição, 2013, p. 65.

¹⁰⁷ Abordaremos os tipos de defesa ainda nesta 2ª parte do trabalho.

¹⁰⁸ Mesmo nos casos de dispensa da defesa técnica, deve-se verificar se a defesa está sendo completa.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

necessário, para o contraditório notificar o recluso dos atos processuais, a possibilidade de análise de provas, direito de presença e o direito de apresentar defesa.

A Constituição garante a proteção ao princípio em seu artigo 32.º, determina que no processo criminal todas as garantias de defesa, a obrigatoriedade de defesa técnica nos casos em que a lei determinar; o direito de intervenção, além de que os atos devem ser salvaguardados pela contraditoriedade.¹¹⁰

4.1.5. Individualização da pena

É de suma importância a individualização da pena para a ressocialização do condenado. Deve-se garantir o direito da igualdade material, por isso, é de grande relevância a análise da diversidade dos reclusos¹¹¹, para um tratamento específico na execução da pena adequado.

Devemos assegurar a individualização do recluso paralelamente, e sem prejuízos, a execução. O princípio da Individualização da pena esta presente em diversos artigos do Código da Execução, primeiramente discorre sobre a garantia do princípio, ressaltando que juntamente a execução terá que imparcial e sem privilégios.

O artigo 5.º é exclusivamente dedicado a proteção do princípio, estabelece que a execução da pena, incluindo o tratamento prisional para a reinserção social do recluso com as atividades e programas para a preparação a liberdade.

¹¹⁰ No direito brasileiro, o raciocínio defendido é no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, devem ser garantidos nos processos administrativos, tanto em temas de punições disciplinares como nos casos de restrição de direitos de maneira geral. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, editora Saraiva, 4ª edição, 2009, p. 602.

¹¹¹ Justo é tratar os “desiguais como desiguais”, cabendo a cada recluso a sanção exata pelo seu ato. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pp. 71/72.

A Constituição Brasileira prevê no art. 5º, XLVI : “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Ademais, o ordenamento trata acerca da individualização nos estabelecimentos criminais, que deve ser diferenciados conforme os fatores como a situação jurídica, o sexo, idade, saúde, ou a individualização do tratamento prisional. A separação conforme tais divisões auxiliaram na reinserção social, determinado a política adequada para a realidade de cada recluso.

4.1.6. Princípio da Legalidade

Nos ordenamentos jurídicos, em suma maioria, o princípio da legalidade orienta e preside, manifestando-se em diversas garantias do recluso face ao poder punitivo do Estado. O princípio foi proferido por Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹¹².

O Código de Execução das penas, em diversos artigos, determina a necessidade da legalidade na fase executória, garantindo uma maior segurança jurídica tanto para os atos reclusos, quanto para os da administração penitenciária e contribui para o efetivo cumprimento jurisdicionalização da execução das penas.

Durante a execução das penas o Tribunal da execução das penas verificará a legalidade das decisões dos serviços prisionais, como nos casos de regime de segurança, em casos de não autorização e proibição de visitas, de retenção de correspondência, de restrições de contatos telefônicos, de revogações da decisão de saídas, de colocação em cela de separação, quarto de segurança.

¹¹² ROCHA, João Luís Moraes. Entre a Reclusão e a Liberdade – Estudos Penitenciários. Coimbra, editora Almedina, jan. 2005, p. 21.

5. O CONTROLE JURISDICIONAL DA PENA DE PRISÃO PELO RECLUSO.

5.1 MOTIVOS ENSEJADORES

Como já discorremos anteriormente, a execução penal tem natureza jurisdicional, sendo relevante o controle jurisdicional não somente para a preservação dos direitos fundamentais do recluso, como também para um sistema penitenciário que atenda melhor os objetivos de ressocialização e reinserção do condenado. Ademais, durante o processo de conhecimento estabeleceram-se garantias mínimas ao recluso, as quais que devem ser mantidas após a sentença de condenação.¹¹³

Garantir o controle do recluso jurisdicionalmente durante o cumprimento da pena é o acesso à ordem jurídica justa e inafastabilidade da jurisdição. E para o acesso à justiça é necessário desburocratização dos procedimentos e informações acerca da situação da pena.

A situação que da pena de prisão já motivou inúmeros trabalhos acadêmicos, gerando para alguns, descrédito sobre a aplicação da pena. Poucos são sensíveis ao drama que o recluso vive atualmente. Os encarcerados passam a serem, além de excluídos, esquecidos pela sociedade e muitas vezes pelo próprio Estado.

Deve-se proporcionar o controle do recluso na pena de prisão garantindo a ampla defesa, o contraditório e preservação da imparcialidade. Outra questão de relevância é a celeridade processual e o auxílio ao recluso

¹¹³ Segundo ensinamentos de Nilzardo Leão “O homem existe em um tempo e no tempo, não está fora do tempo, não herda o tempo mas incorpora-o. E ao assim proceder, modifica o tempo numa existência crítica de discernimento, diálogo e criatividade. Elaborar uma política penitenciária deverá ser sempre um ato de esperança. Um ato de projetar o novo e o viável, trazendo lições do passado, marcando a realidade do presente e projetando o ideal do futuro. Sempre com a certeza de que está a realizar o melhor e o mais indispensável e, nisso, está o ideal de construir”. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Política penitenciária, Boletim IBCCRIM, n.123, fev. 2003, p. 8.

durante o controle. Não é suficiente permitir o controle sem garantir uma eficiência de maneira justa para o auxílio ao recluso.

Destacamos que a legislação garante a informação jurídica, contudo o interessante não é apenas a disponibilização de material, o próprio estabelecimento prisional deve realizar projetos que auxiliem o recluso no entendimento da execução.

Então, há necessidade da assistência de um defensor técnico? Segundo Renato Marcão, “A assistência jurídica, (...), é de fundamental importância para os destinos da execução da pena. Aliás, sua ausência no processo de execução acarreta flagrante violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal”¹¹⁴.

Contudo, o que defendemos não é a exclusão da presença de uma defesa técnica, e sim de o direito do preso postular, pleiteando o que entender cabível durante a execução da sua pena, momento em que não pode ficar à espera de uma defesa técnica ou, caso seja sua vontade realizar sua própria vontade, realizar sua própria defesa. Ademais, ressaltamos ser essencial que o preso conheça o sistema punitivo em que está inserido.

É importantíssimo que o recluso sinta ao seu alcance a possibilidade de obter medidas judiciais destinadas à correção eventual de excesso da pena, ou à oportunidade de diminuir os dias reclusos¹¹⁵.

5.2. FORMAS DE DEFESA

O direito de defesa é assegurado amplamente durante a execução da pena, que se consolida pelo pleno exercício de todos os direitos e faculdades

¹¹⁴ Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo, editora Saraiva, 2013, p. 54.

¹¹⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a pena na atualidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 188.

que as leis lhe asseveram. Ademais, para concreta jurisdicionalização da execução penal, não podemos afastar o direito de defesa.

A defesa incide na atividade designada a garantir, durante o processo, os direitos subjetivos e distintos interesses jurídicos do recluso. “É uma atividade complexa e unitária que abrange a autodefesa pelo próprio arguido e a defesa técnica exercida pelo defensor” ¹¹⁶.

A defesa técnica e a defesa realizada pelo próprio recluso, também chamada de autodefesa¹¹⁷, são divisões da ampla defesa e do contraditório, ambas são importantes e pertinentes em qualquer instância. Destacamos a importância de tratamento igualitário¹¹⁸, garantindo a igualdade de condição das partes, o princípio do contraditório garante ao recluso meio para produzir provas pertinentes à sua defesa.

O artigo 32.º da Constituição dispõe diversas garantias processuais criminais, entre essas, a garantias de defesa; o artigo 202.º garante a independência dos tribunais e dos juízes com a incumbência de assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

¹¹⁶ Há também diferença entre defesa formal e defesa material. A formal é realizada pelo próprio acusado ou/e pelo seu defensor; já a defesa material é feita pelo tribunal durante a realização da justiça. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa, editora Babel, 2010, p. 324.

¹¹⁷ Neste sentido Fernando Capez, de outro modo, Pedroso entende que “autodefesa” significa “patrocínio próprio, vale dizer, tem vislumbre quando o acusado, possuindo habilitação técnico – jurídica, postula e debate em causa própria”. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2001, p. 35.

¹¹⁸ A Constituição Portuguesa consagra o princípio da igualdade no seu artigo 13.º, garante a todos dignidade social e igualdade perante a lei, e continua, afirmando que nenhuma pessoa poderá ser privilegiada de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razões de “ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condições social ou orientação sexual”.

Ressalta que não recai sobre o defensor o dever de controle da execução, cabe uma orientação ao recluso sempre que esse o requeira e intervenha nos incidentes da execução.¹¹⁹

Acerca da defesa técnica durante a execução das penas, algumas legislações¹²⁰ e doutrinadores defendem a necessidade constante da defesa. Para a efetivação do princípio da ampla defesa deve-se garantir a maior ascensão, dessa forma, a defesa técnica.¹²¹

A Constituição garante, em seu artigo 32.º, n.º 3, o direito a um defensor escolhido pelo arguido, para ser assistido em todos os atos do processo. E estabelece em seu artigo 208.º que o defensor é um elemento essencial à administração da justiça, e o Estatuto da Ordem dos Advogados¹²² avalia o advogado¹²³ como indispensável à administração da justiça, no seu artigo 83.º.

O defensor tem a função de resguardar o arguido, assim, na função defensiva, o defensor exerce a defesa técnico-jurídica.¹²⁴

Conforme regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal, o arguido pode constituir defensor a qualquer momento do processo e poderá também solicitar ao tribunal que lhe nomeie um.¹²⁵

¹¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance ; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A exigência de jurisdicalização da execução. In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991, p. 17.

¹²⁰ No ordenamento jurídico argentino, na execução das penas não está prevista a obrigatoriedade da defesa técnica, garante o direito caso o sentenciado queira ser assistido por um advogado. O sistema de execução é compartilhado entre a administração e a Justiça. FERNANDES; GRINOVER; GOMES FILHO. A exigência de jurisdicalização da execução. In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991, p. 12.

¹²¹ Divergindo dessa opinião, Fernando Antonio de Souza e Silva, em *O Direito de litigar sem advogado*, argumentação jurídica e colisão de direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, editora Renovar, 2007.

¹²² Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro de 2005.

¹²³ Em relação à vontade do recluso, que é o titular de direito, o advogado é, no processo, assistente técnico do litigante, tendo, assim, uma função de caráter acessório. Nesse sentido, SILVA, Fernando Antonio de Souza. *O Direito de litigar sem advogado*, argumentação jurídica e colisão de direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, editora Renovar, 2007, p. 18.

¹²⁴ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra, 1º volume, 1974, p. 466.

Ademais, o Código de Processo também determina casos em que a assistência de defensor é obrigatória¹²⁶ e, caso o arguido não tenha constituído defensor, o juiz nomeara um. Como nos casos de interrogatório e nos recursos ordinários ou extraordinários. Compreende uma importante garantia de defesa, tendo em vista que falta de conhecimento jurídico poderia atrapalhar sua defesa.

Lembremos que, mesmo com a presença do membro do Ministério Público há necessidade da defesa técnica, uma vez que o defensor tem por objetivo exclusivo a defesa do recluso. Dessa maneira, o Ministério Público pode impulsionar os incidentes de execução em favor do detento, contudo, para garantir o contraditório e a igualdade de armas é indispensável a intervenção do defensor¹²⁷.

Para as barreiras econômicas, o Estado garante ao recluso, que não pode custear advogado particular, assistência jurídica para um controle jurisdicional da pena, e assim pleitear benefícios, defesa em casos de processo disciplinar e até mesmo em casos em que o recluso já cumpriu a pena e ainda seja mantido em cárcere.

¹²⁵ Cfr. artigo 62.º, n.º 1 e artigo 61.º, n.º1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal. A história do defensor é muito interessante. Há relatos que, entre os hebreus, quem tinha a função de defender o acusado eram seus familiares e amigos. Em Sólon, o caráter religioso estava presente na advocacia, além disso, no início trabalhava-se sem remuneração, objetivando somente o prestígio do sucesso da defesa. Cfr. TORNAGUI, Hélio. *Curso de Direito Penal*, 1. São Paulo, 8ª edição, 1991, p. 495 ss., *apud SILVA*, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal. Vol. I*. Lisboa, editora Babel, 2010, p. 325.

¹²⁶ É do interesse da sociedade a defesa do acusado, pela busca de uma punição para a pessoa certa e evitando que recaia a qualquer membro social. Por isso, não poderá haver renúncia pelo réu de sua defesa, devendo mesmo que diferente da sua vontade destinar uma pessoa para a sua causa, com objetivo de promoção de defesa. CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Trad. Miguel Guerrero. Bogotá, Temis, § 978, p. 343.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza Jurídica da Execução Penal*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo, editora Max Limonad, 1987, p. 37.

A defesa pelo próprio recluso é promovida pelo acusado usando argumentos e a razão, mesmo que sem juridicidade¹²⁸.

O artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade garante na alínea “l” o acesso a sua situação processual, evolução da pena, e avaliação, juntamente com a alínea “m” legitima o direito de ser ouvido e apresentar reclamações, queixas e recursos, e a impugnar perante o tribunal. As duas alíneas garantem ao recluso o controle jurisdicional da execução das penas (com ou sem defesa técnica), assim como no artigo 116.º que salvaguarda o direito de postular durante a execução das penas na defesa dos seus direitos.

O processo individual auxilia o recluso para que este possa ter uma visão da sua situação prisional e processual, facilitando assim o controle jurisdicional. Conforme o ordenamento de execução penal, o seu artigo 117.º garante ao recluso o direito à informação jurídica escrita, designadamente acesso à legislação e doutrina penais e penitenciárias, Regulamento Geral e convenções internacionais relevantes.

É fundamental que o recluso não se sinta esquecido e injustiçado durante o cumprimento da pena. Isso, gera intranquilidade que reflete diretamente na sua conduta, o que pode ocasionar, de alguma maneira, problemas na disciplina do estabelecimento prisional.¹²⁹

5.3. DISCIPLINA LEGAL

5.3.1. No direito internacional

¹²⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Vinte anos de Constituição e o processo penal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord). Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos de Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, p. 290.

¹²⁹ É grande a importância de que “o preso sinta ao seu alcance a possibilidade de lançar mão das medidas judiciais capazes de corrigir eventual excesso de pena, ou que possa abreviar os dias de prisão”. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 188.

Para melhor esclarecimento da importância do controle do recluso, garantindo o direito da ampla defesa e do contraditório, abordaremos o tema no direito internacional obedecendo ordem cronológica.

É importante lembrar que a Constituição estabelece no seu artigo 8.º, n.º 1 estabelece que: “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”.

Determina também que as normas internacionais ratificadas ou aprovadas irão vigorar no Estado após a sua publicação e enquanto atrelarem internacionalmente Portugal. Em seu artigo 16.º, trata acerca dos direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição não excluirão outros presentes nas leis e nas regras aplicáveis de direito internacional, e afirma que qualquer norma de direito fundamental deve ser interpretada e integrada harmonicamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹³⁰

A Declaração¹³¹ estabelece em seu artigo 10.º a garantia do princípio da ampla defesa e do contraditório; e no seu artigo 11.º abrange o direito de presunção de inocência, julgamento público assegurando todas as garantias necessárias à defesa do acusado.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem) que entrou em vigor em 03 de setembro de 1953, e ratificada por Portugal em 13 de outubro de 1978, pela Lei n.º 65/78, e tem por objetivo proteger e desenvolver os direitos do homem e das liberdades fundamentais.

¹³⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adorada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

¹³¹ A criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) constava como primeira obrigação para as Nações Unidas, no programa do *International Bill of Human Rights*. Contêm vários direitos reconhecidos a todas as pessoas, sendo considerado o “primeiro instrumento internacional de caráter geral e universal”. Cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra, editora Almedina, 2012, p. 125.

Nesta Convenção diversos artigos são importantes para a execução da pena, contudo, para o efetivo controle jurisdicional da execução penal, destacamos apenas o art. 6.º, que em seu n.º 1.º afirma: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.¹³²

A Convenção estabeleceu garantias fundamentais de processo, dessa maneira, reforça protecção a outros direitos salvaguardados em diversos artigos, assegura que todo caso levado à corte deverá obedecer a um processo equitativo.

Lembremos que, é importância de um processo equitativo, e para efetivação é necessário diversos requisitos, tais como, um tribunal independente e imparcial, que obedeça e garanta os princípios contraditório e a

¹³² O controle jurisdicional na execução foi cerceado no caso *Golder v. Reino Unido*, de 1975, em que uma decisão interna negou a um recluso autorização para contato com advogado com vistas dar início a procedimento contra um funcionário do estabelecimento prisional. E no caso *Campbell e outro v. Reino Unido*, de 1984, o Tribunal se pronunciou no sentido de que as garantias do artigo 6º, abarcavam o processo disciplinar e direito à publicação da decisão, por conta da gravidade da sanção disciplinar aplicada de perda de 570 dias de remissão da pena de prisão. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A prisão à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. IN: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, diretor Jorge de Figueiredo Dias, ed. Coimbra, ano 15, n.º 3, jul-set, 2005, págs. 382/383.

igualdade de armas, uma análise pública¹³³ das causas que lhe forem submetidas¹³⁴.

Logo, no andamento do processo deve ser garantido que tanto a acusação quanto a defesa disponham de semelhantes possibilidades para intervir no processo objetivando a consolidação de suas alegações perante o tribunal.

Outro destaque ao art. 6.º, é o n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que garante a diversos direitos ao acusado: o direito ao defensor, para garantia de uma defesa técnica ao acusado; o direito a ser informado em curto prazo, e meios necessários para preparação de uma defesa. Para isso, precisa ter acesso ao processo, garantindo o direito de apreciar todas as informações do processo.

Ademais, o artigo 6.º, n.º 3, alínea c) da Convenção estabelece que: “O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”.¹³⁵

Contudo, não é um direito absoluto o direito do acusado de se defender a si próprio, pois os Estados podem entender pela necessidade de defesa técnica, e a imposição pode ser feita tanto por vias legislativas, quanto por

¹³³ Observa-se que o princípio geral da publicidade, foi deliberado pelo Tribunal como garantia fundamental para uma sociedade democrática, não devendo ser contemplado somente sob o aspecto formal, e está presente na maioria dos Estados membros. PIRES, Maria José Morais. *As reservas à convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra : Almedina, 1997, pág. 268.

¹³⁴ BARRETO, Ireneu Cabral. *Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Direito ao Exame da Causa* Publicamente. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado na Internet. <<http://www.gddc.pt/default.asp>>.

¹³⁵ Na alínea c) do artigo 6.º, n.º 3, podemos verificar três níveis de garantias: 1. Defender-se a si próprio; 2. Ter assistência de um defensor da sua escolha; 3. Se não tiver meios, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso. Para fazer a ligação entre os três elementos, a versão inglesa utilizou a conjunção “ou”, de outro modo, a versão francesa utilizou para ligar o primeiro ao segundo “ou” e, entre o segundo e o terceiro, utilizou “e”, por conta da motivação e do propósito da Convenção, o texto em francês parece-nos mais adequado. BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* Anotada. 4ª ed. Coimbra, 2010, p. 211.

decisão judicial. Assim a Convenção visa garantir o direito de defesa adequada no processo penal, e não garante que o acusado possa decidir como a sua defesa será organizada¹³⁶.

Por fim, o artigo 6.º, n.º 3, alínea d), consagra o direito do acusado de interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Tem por objetivo garantir o direito a um processo equitativo e deve ser interpretado de maneira mais ampla, não apenas limitando as testemunhas, expandindo assim para os declarantes e aos peritos¹³⁷.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Organização das Nações Unidas¹³⁸, em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor na ordem internacional em 23 de março de 1976, mas, na ordem jurídica portuguesa, ocorreu somente em 15 de setembro de 1978. No artigo 14.º n.º 3, alínea d) estabelece o mesmo direito acerca do direito de defesa estabelecido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Por fim, o Estatuto de Roma¹³⁹, em 2002, também consagrou o direito acerca do direito de defesa, em seu artigo 67, n.º1, alínea d) : “o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio

¹³⁶ “Importa realçar que os motivos invocados para exigir a representação obrigatória por advogado, em certas fases do processo são, aos olhos do Tribunal, suficientes e relevantes. É, de facto, em particular, uma medida do interesse do arguido e para uma efectiva defesa deste último. Os tribunais nacionais têm o direito de considerar que os interesses da justiça exigem a nomeação oficiosa de advogado”, Decisão de 15 de novembro de 2001, Queixa n.48/188/99 (Correia de Matos/Portugal), R01- XII, Terceira Secção, Decisão Final, págs. 08 e 10.

¹³⁷ BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada. 4ª ed. Coimbra, 2010, pág. 218.

¹³⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, são centrais para o Direito Internacional dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

¹³⁹ O Estatuto de Roma é um tratado que estabeleceu a Corte penal internacional, conhecida como Tribunal penal internacional, em Roma. Pela primeira vez, constitui um Tribunal Penal Internacional constante, que tem por objetivo processar e julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado.”

5.3.2. EM PORTUGAL

Para tratarmos do controle jurisdicional da execução da pena de prisão, teremos que abordar diversos ordenamentos jurídicos, ambos de suma importância para a concreta e efetiva garantia do recluso.

A Constituição assegura no seu artigo 20.º, o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, porém a insuficiência econômica não pode ser utilizada para restringir o direito. Logo, a informação e consulta jurídica, o patrocínio judiciário e um advogado são direitos de todos.

Assim, o no artigo 32º consagra as garantias de processo criminal e aborda o direito de defesa, incluindo o recurso e o direito da escolha de um defensor.

Já o art. 116.º da CEP aborda o direito do recluso de apresentar reclamação, petição, queixa e exposição, contudo, estabelece este direito, com algumas peculiaridades. A legislação atual define um prazo limite de 30 dias para um pronunciamento do diretor do estabelecimento prisional, caso seja o destinatário da reclamação, petição e exposição.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Anteriormente o tema era tratado no Decreto – Lei n.º265/79, em seu artigo 138.º: “Direito de exposição e de queixa: 1 - Os reclusos podem dirigir-se para expor assuntos do seu interesse ou para se queixarem de qualquer ordem ilegítima: a) Ao director do estabelecimento; b) Aos funcionários do estabelecimento; c) Aos inspectores dos serviços prisionais. 2 - O regulamento interno de cada estabelecimento fixa as condições em que os reclusos podem dirigir-se aos funcionários referidos na alínea b) do número anterior. 3 - Os reclusos podem dirigir-se livremente aos inspectores dos serviços

Elenca também, como destinatários, o direto-geral dos Serviços Prisionais e ao Serviço de Auditoria e Inspeção da Direção Geral dos Serviços Prisionais. Estabelece que o recluso pode, da mesma maneira, apresentar petições, queixas e exposições a órgãos de soberania e outras entidades, à Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça, ao Provedor de Justiça, à Ordem dos Advogados, ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e ao Comitê contra Tortura da Organização das Nações Unidas, nestes casos o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais garante o envio postal de correspondências caso necessário, e os conteúdos não podem ser objetos de controle.

O diploma da CEP aborda o Direito de Petição, constitucionalmente previsto no art. 52.º, n.º 1, que consagra: “Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individualmente ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral, e bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.”

No caso de inimputável e imputável, esses são auxiliados para a garantia dos seus direitos previstos nos art. 114.º e 116.º, ambos do Código da Execução Penal.

Para garantia do efetivo exercício do direito de reclamação, petição, queixa e exposição os serviços do estabelecimento prisional emitem e recebem; emitem recibo e entregam caso o destino seja o diretor do local. Salvaguardando preservação da identidade, uma caixa fechada fica disponível caso o recluso queira se expressar e não se identificar.

prisionais durante as suas visitas de inspeção, competindo aos inspectores determinar os termos e condições em que são ouvidos.”

O art. 117.º do Código da Execução que aborda o “Direito à Informação Jurídica”, é de suma importância para o tema, pois determina que o recluso tem direito a total acesso a informações jurídicas escritas, tais como: legislações, doutrinas penais e penitenciárias, o Regulamento Geral e convenções internacionais.¹⁴¹ Do mesmo modo, aos reclusos estrangeiros é disponibilizada informação em língua por ele compreendida, sobre as possibilidades da execução no estrangeiro da sentença penal portuguesa, transferência da pena e acerca da execução da pena acessória de expulsão.

142

Dessa maneira, o Código visou esclarecer qualquer dúvida acerca da punição, do período do início ao final da pena, objetivando elucidar as etapas de todo o processo de execução. Caso o recluso sinta qualquer direito lesado, este pode apresentar reclamações, petição, queixa, ou expor juridicionalmente.

5.3.2.1. PROPOSTAS

O Controle jurisdicional do preso durante a execução da pena ocorre principalmente para flexibilização da pena e para garantia e proteção dos seus direitos. Durante a execução da pena, diversos fatores podem aumentar, diminuir ou extinguir a pena.

Essa flexibilização da pena objetiva auxiliar o regresso do recluso, para minimizar os efeitos do cárcere (danos pessoais, sociais, e morais), para isso

¹⁴¹ O art. 7.º do Código de Execução Penal, que aborda os direitos dos reclusos, na alínea j) estabelece que o recluso será informado dos seus direitos e deveres, do ingresso e durante todo período no estabelecimento prisional; na alínea n) garante o direito a um advogado para informações, consultas e aconselhamentos.

¹⁴² Sobre os reclusos estrangeiros ver Lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal (Lei 144/99, de 31 de agosto) e Convenção do Conselho da Europa relativa à Transferência de Pessoas Condenadas (Resolução da Assembleia da República n.º 8/93).

são estabelecidas regras tanto para concessão quanto para manutenção do benefício

Durante o cumprimento da pena, alguns atos motivam a saída temporária do recluso. As chamadas “licenças de saída” podem ser jurisdicionais ou administrativas.¹⁴³

As jurisdicionais têm por objetivo a manutenção e o incentivo aos relacionamentos familiares e sociais, para a reinserção social. São requeridas pelo recluso, e são concedidas ou não pelo tribunal de execução das penas, e os requisitos para autorização são cumulativos, conforme art. 79.º.

As saídas administrativas podem ser para promover relações familiares e sociais por um período curto de tempo; para prática de atividades; saídas especiais que são motivadas por particular significado humano ou para resolução urgentes e inadiáveis e saídas para preparar o recluso para a vida fora do presídio. São concedidas pelo diretor-geral dos Serviços Prisionais, devendo a decisão ser fundamentada.¹⁴⁴

As saídas também podem ser para o comparecimento em ato judicial ou ato de investigação criminal, ou para cuidados de saúde que não podem ser realizados dentro do estabelecimento prisional, não precisam da anuência do recluso.

As licenças de saídas não são um direito do recluso, contudo, caso sejam indeferidas devem ser informados os motivos da não concessão, salvo

¹⁴³ As saídas dos estabelecimentos prisionais foram primeiramente previstas no direito português pelo Decreto – Lei n.º 783, de 29 de outubro de 1976.

¹⁴⁴ No Brasil, cabe também ao diretor do estabelecimento prisional autorizar a saída especial, contudo, alguns autores em analogia à concessão de saída temporária (são destinada as seguintes situações: visita à família, presença em curso profissionalizante e em participações em atividades que auxiliam para o retorno ao convívio com a sociedade), o pedido poderá ser também apresentado ao juiz da execução.. Neste sentido, BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 261.

se fundadas razões de ordem e segurança impedirem. E caso não sendo autorizado não pode ser utilizada como medida disciplinar.¹⁴⁵

Ademais, o recluso pode recorrer, com efeito suspensivo, da decisão que revogou a licença judicial. Já as licenças administrativas, no caso de não cumprimento das condições previstas para concessão e decisão negativa, o recluso pode impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade do pedido.

A liberdade condicional pode ser considerada como direito do recluso, direito subjetivo¹⁴⁶. É uma antecipação da liberdade para os reclusos condenados a pena privativa de liberdade, quando cumpridos alguns requisitos: dois terços da pena e no mínimo de seis meses, além de verificada as circunstâncias do caso, a vida interna do recluso, a sua personalidade e a sua evolução dentro do estabelecimento prisional.¹⁴⁷

Para a concessão, deverá ser formulado relatório feito pelos serviços prisionais, com avaliação do recluso durante o período no estabelecimento

¹⁴⁵ Quando a licença não for concedida, o recluso pode apresentar novo pedido, decorridos quatro ou três meses, este período pode sofrer alteração caso for fixado pelo diretor-geral dos Serviços Prisionais.

¹⁴⁶ Sobre o tema, Beleza dos Santos elucida que o Decreto-Lei n.º 26:643, de 28 de maio de 1936, ampliou a aplicabilidade da liberdade condicional, estabelecendo sua obrigatoriedade “como experiência e como preparação para a liberdade definitiva, em relação a certos delinquentes.” A obrigatoriedade era direcionada para os casos mais complicados para conquistarem a ressocialização, a exemplo, nos “habituais, para os anormais e para os vadios”. Ainda esclarece, que anteriormente, em 1893, a liberdade condicional era posta como “benefício relativamente excepcional” compreendia um estímulo ao recluso com bom comportamento prisional. Cfr. BELEZA DOS SANTOS, José. Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões), In: Boletim da Faculdade de Direito Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961, p. 307 e ss.

¹⁴⁷ Não podemos deixar de considerar a exceção presente no artigo 61.º, n.º 4 do Código Penal que determina a obrigatoriedade da liberdade condicional nos casos em que o condenado à pena de prisão superior a seis anos, cumprir cinco sextos da pena. Conforme Acórdão do Tribunal da Relação do Porto: “Não é requisito de concessão da liberdade condicional (a meio da pena ou cumpridos dois terços da mesma, nos termos dos nºs 2 e 3 do referido artigo 61.º) que o condenado revele arrependimento e interiorize a sua culpa. II - Tal é, seguramente, uma meta desejável à luz das finalidades da pena, mas que supõe uma mudança interior que não pode, obviamente, ser imposta. III - A lei exige, antes, que se verifique um prognóstico no sentido de que o recluso não voltará a cometer novos crimes”. Ac. Trp, processo 1796/10.7 txcbr-h. p 1, Relator Pedro Vaz Pato, de 10, de outubro de 2012.

prisional e, relatório dos serviços de reinserção social que verificará a situação do recluso para a reinserção social.

A instrução deve ocorrer em um prazo de 60 dias da data admissível para a concessão. O juiz da execução concederá ou não o benefício, verificando os requisitos acima mencionados, após parecer do Ministério Público e do Conselho técnico e ouvirá o recluso, que deverá dar o seu consentimento para aplicação da liberdade condicional e poderá apresentar provas pertinentes.¹⁴⁸

Durante a liberdade condicional são fixadas regras, que serão formuladas pelos serviços de reinserção social e outros serviços ou entidades que devem intervir na execução de relatórios para informar qualquer alteração relevante do comportamento do condenado.

Entendemos que a liberdade condicional é um direito subjetivo do recluso, assim, cumprindo as condições legais, poderá exigí-lo ¹⁴⁹. O recluso apresentará pedido perante o tribunal das execuções das penas.

A decisão poderá ser suspensa, por um prazo não superior a três meses, considerando determinadas circunstâncias ou condições ou a elaboração e admissão do plano de reinserção.

O recluso, assim como o Ministério Público, pode recorrer da decisão acerca da concessão, recusa ou revogação da liberdade condicional, gerando efeito suspensivo.

Após o termo da liberdade condicional, o juiz declarará extinta a pena, caso não haja motivos que possa revogar, como crime que possa determinar a revogação ou incidentes de descumprimentos das regras fixadas.

¹⁴⁸ Lembramos que, o n.º 6, do artigo 61 que determinava o tempo máximo de liberdade condicional, foi revogado.

¹⁴⁹ Neste sentido, BRITO, Alexis de Couto. Execução Penal. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 332 e ROCHA, João Luís Moraes. Entre a Reclusão e a Liberdade – Estudos Penitenciários. Coimbra, editora Almedina, jan. 2005, p.49.

Por fim, conforme Rocha, a liberdade condicional estabelece a forma prevalecente de descarga nos presídios em Portugal, tendo em vista que, sem o mecanismo, o sistema prisional teria alcançado níveis altíssimos de população criminal¹⁵⁰.

Acerca da modificação da execução da pena de prisão portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de doença, o recluso pode pleitear ao juiz do tribunal a alteração da execução da pena de prisão, para o benefício de modificação da execução da pena. Contudo, serão observadas a prevenção ou a ordem de paz social.¹⁵¹

Os casos que podem ser beneficiários são: reclusos com graves doenças com patologia evolutiva e irreversível, e que já não responda a métodos de terapias disponíveis; portadores de grave deficiência ou doença irreversível, que o faça ser dependente de terceira pessoa, e os casos de idade igual ou superior a setenta anos com estado de saúde, física ou mental, ou de anomalia incompatível ao cárcere.

As modificações podem ser feitas e as modalidades serão a internação do condenado em local adequado para acolhimento adequado ou estabelecimentos de saúde e em regime de permanência na residência. Sujeita sempre ao consentimento do condenado, mesmo que presumidamente¹⁵².

Os serviços de reinserção averiguarão a execução da decisão de modificação, elaborando relatórios ao tribunal com informações pertinentes do condenado. Ficarão também designados a comunicar ao tribunal circunstâncias susceptíveis de conduzir a substituição da modalidade de execução estabelecida ou a sua revogação, e em caso de falecimento do condenado.

¹⁵⁰ ROCHA, João Luís Moraes. Entre a Reclusão e a Liberdade – Estudos Penitenciários. Coimbra, editora Almedina, jan. 2005, p. 54.

¹⁵¹ Têm legitimidade para requererem o cônjuge ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, com quem o condenado tenha uma relação análoga à dos cônjuges ou familiar e o Ministério Público, de ofício, ou a requerimento fundado do diretor do estabelecimento prisional.

¹⁵² Nos casos em que a situação física ou mental do condenado não o permitir, supondo assim que o ato teria o consentimento se assim o pudesse conhecer ou pronunciar-se.

Caso haja alteração da substituição da modalidade e à revogação o recluso poderá recorrer da decisão, conforme as regras estabelecidas nos incidentes de não cumprimento da liberdade condicional.

Acerca do regime disciplinar o Código define o que são infrações disciplinares e apenas essas podem sofrer punições, excluindo o uso do recurso de analogia para a qualificação de um ato como infração disciplinar.

Destaca-se que a medida disciplinar não pode ofender, em qualquer hipótese, a dignidade do recluso, nem comprometer a saúde ou a integridade física. Ademais, caso seja suficiente a advertência ou a mediação deverão ser usadas e, sendo proibido punição coletiva, e por tempo indeterminado.

Quando à notícia da infração, deve ser levantado auto de infração, que deve conter todas as informações pertinentes ao ato. Caso não seja identificado o autor, o diretor do estabelecimento prisional determina a abertura de processo de inquérito, que deverá ser concluso em um período de 10 dias, constando o relatório final, descrevendo os fatos e o presumível autor, caso identificado.

Como mencionamos anteriormente, o Estado deve incentivar o estudo, a formação profissional, trabalho, programas e atividades, para incentivar a reinserção social e a não reincidência no crime. Como a maioria dos reclusos cumpre pena por tráfico de entorpecentes, acreditamos que a formação profissional e o trabalho podem lhes prover de empregabilidade quando conquistarem a liberdade.

Ademais, é incontestável a importância da educação na formação do cidadão, dentro e fora dos presídios. Por isso, assegura-lhe o direito à educação e em alguns casos, determina a obrigatoriedade do ensino.

Como já vimos, a execução da pena tem por finalidade reinserir o detento na sociedade, por isso a importância da educação torna-se maior, tendo em vista que, esses já transgrediram normas sociais e necessitam. Isso

porque, a realidade do cárcere mostra que a grande porcentagem dos reclusos tem baixo grau de escolaridade.

Oss artigos 39.º, 40.º, 41.º e 47.º sancionam que a frequência do recluso em cursos de ensino, trabalho e atividade ocupacional ou programas, eram levadas em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena. Resaltamos que, no artigo 47.º, o ordenamento jurídico trata de mediação pós-sentencial, contudo, pouco trata dos programas, apenas diz que a participação do recluso em programas de justiça restaurativa, através de sessões de mediação com o ofendido, será tido para efeitos de flexibilização.

Entendemos que, caso o recluso tenha direito, aos efeitos da flexibilização, tal requisito favorável deverá estar presente expressamente nas decisões (concedidas ou não), como nas situações de licenças de saídas e liberdade condicional. Caso contrário, poderá pleitear a apreciação da condição.

5.3.3. NO BRASIL

No Brasil, o princípio constitucional da indispensabilidade do advogado à administração da justiça está presente no artigo 133 da Carta Magna: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Assim, a pessoa que optar por uma defesa técnica, será aconselhado, representado e defendido, por uma. Contudo, tal entendimento é divergente.

Assim, artigo 1.º, I, da Lei n.º 8906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - consagra que “ são atividades privativas de advocacia: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e

aos juizados especiais”¹⁵³. A norma, dessa maneira, viola dispositivos constitucionais, como a garantia de direito de petição e de acesso à justiça (ou direito de ação), o titular do direito¹⁵⁴.

Nesse sentido, o artigo 5.º da Constituição Federal consagra o rol dos direitos fundamentais, e o inciso XXXV trata do acesso à justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A interpretação do texto constitucional, juntamente com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, não poderá ser no sentido limitadora de direitos, colocando barreiras ao acesso à justiça.

Na prática a minoria dos réus ou indiciados possuem bons advogados privados, garantindo a mais ampla defesa do início ao fim do processo criminal, e a justiça com as disputas e os recursos, torna-se cara e elitista. Por conseguinte, são acompanhados por defensores dativos, os quais têm a missão de garantir a qualquer custo, a inocência ou a mais branda sanção penal para o acusado¹⁵⁵.

Esse direito de auxílio jurídico aos cidadãos desprovidos de recursos foi consagrado na Constituição brasileira de 1934. Atualmente, o artigo 134.º da constituição trata acerca da Defensoria Pública, essencial à função jurisdicional do Estado.

¹⁵³ Em decisão do Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Dispositivos Impugnados Pela AMB. Prejudicado o pedido quanto à expressão 'juizados especiais', em razão da superveniência da Lei 9.099/1995. (...) O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais.” (ADI 1.127, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-5-2006, Plenário, DJE de 11-6-2010.)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Legislação Anotada - Leis Infraconstitucionais - Versão Integral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=375>>.

¹⁵⁴ SILVA, Fernando Antonio de Souza. O Direito de litigar sem advogado, argumentação jurídica e colisão de direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo. Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2007, p.16.

¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

Contudo, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 195.º, permite que o procedimento judicial inicie de ofício, a requerimento do Ministério Público, pelo interessado, pelo seu representante, seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou ainda, da autoridade administrativa.

A presença obrigatória do advogado em demais casos, com ressalvas, vem sofrendo críticas por juristas brasileiros, que ser obstáculo ao acesso do cidadão a justiça. Antunes da Rocha destaca que a atuação na maioria das vezes é: “Um direito inarredável do cidadão, pode constituir, quando levada a extremos opostos, um óbice para o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição, que é dever do Estado do providenciar e prover”¹⁵⁶.

5.3.3.1. PROPOSTAS

A jurisdição especial da execução penal recebeu especial atenção até na exposição de motivos da Lei 7.210/1984, atual Lei da Execução, conforme o que preceitua o n.º 15: “À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2º, se estabelece que a ‘ jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”.

Conforme a Lei de Execução Penal, o juiz da execução tem competência jurisdicional para decidir acerca da pena como nos casos de soma ou unificação das penas, progressão e regressão nos regimes, detração e remição de penas, suspensão e livramento condicional. Ademais, as obrigações de caráter administrativo, como a inspeção realizada mensalmente nos estabelecimentos prisionais, e caso se decida poderá ser interdita tendo

¹⁵⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Direito Constitucional à Jurisdição*. In: As garantias do cidadão na justiça . Teixeira, Sálvio de Figueiredo (org.). São Paulo, editora Saraiva, 1993, p. 37.

em vista, as condições inadequadas¹⁵⁷. Mesmo não presente expressamente na Lei de Execução penal, todas as decisões do juiz da execução terão que ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Destacamos que, segundo o artigo 194.º da Lei de Execução Penal os procedimentos relativo a qualquer situação prevista na lei, será judicial, sendo a competência do Juízo da Execução, lembrando também a proteção também das garantias estabelecidas pela Constituição.

Os incidentes na execução são as questões que aparecem durante o processo e aparte do processo de execução, e que gerem consequências na execução.¹⁵⁸ Tem-se limitado, em sentido estrito, que os incidentes são os fatores que têm influência no prazo de prisão definido a sentença (aumento, diminuição ou extinção).¹⁵⁹

O juiz da execução tem competência por exemplos declarar extinta a punibilidade, e decidir sobre da soma ou unificação de penas; progressão ou regressão nos regimes; detração e remição da pena; suspensão condicional da pena; livramento condicional; incidentes da execução; autorizar saídas temporárias, determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Para um controle jurisdicional da pena o recluso poderá requerer o procedimento judicial para as situações que entender cabível e necessária para proteção de direito objetivo ou subjetivo, em casos de excesso ou desvio de execução em que ato for além dos limites fixados na sentença.

¹⁵⁷ Cfr. artigo 66 e incisos, da Lei de Execução Penal.

¹⁵⁸ Para Santoro, qualquer conflito que apareça durante o processo e que faça referencia a um objeto diferente daquele objetivado, contudo, a ele coligado. SANTORO, Arturo. *L'esecuzione penale*. Turim, editora Unione Tipografico- Editrice, 1954, p. 740 *apud*: BRITO, Alexis de Couto. Execução Penal. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

¹⁵⁹ BRITO, Alexis de Couto. Execução Penal. 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

Logo, deverá requerer conforme a circunstância do caso, a extinção da punibilidade, remição de penas, instauração dos incidentes, conversão de penas, progressão de regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação da pena, o indulto, recorrer das decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa, entre outros solicitações.

Ademais, se houver necessidade poderá pleitear a realização de perícias, oitiva de testemunhas, intimações e notificações, conforme regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal.

3ª PARTE

6. CONCLUSÃO

Propusemos nesse trabalho contribuir para a discussão da situação do sistema carcerário e das garantias dos direitos do recluso. Soluções para os danos decorrentes da pena de prisão e a importância de defesa durante o cumprimento da execução penal. O ato ilícito praticado pelo recluso não justifica um sistema prisional deficitário, por isso, a necessidade da efetivação das normas penitenciárias.

Pretende-se, também, mostrar a situação prisional atual, os problemas do cárcere, que contrapõem as finalidades das penas. Como vimos, a função ressocializadora da pena fica prejudicada pela superlotação carcerária; ademais, a própria sociedade não crê que a pena de liberdade alcança seus objetivos.

Se a situação do sistema prisional continuar negligenciada pelo Estado e pela sociedade, os problemas com os reclusos só irão se multiplicar e as dificuldades em garantir a segurança pública se agravarão. Cabe ressaltar que tratar o recluso como ser invisível, não garantindo o mínimo para ressocializar, apenas irá retardar a volta do criminoso quando alcançar a liberdade.

O que se pretende, tendo em vista a escolha do Estado em punir os crimes mais graves com pena privativa de liberdade, é garantir instrumentos necessários para essa reinserção social, principalmente dando subsídios que ajudem a não reincidência delitiva, como o incentivo ao trabalho e ao estudo.

Salientamos que, a duração da pena não é o mais importante e o que importa são que os objetivos da pena sejam alcançados, como a prevenção de crimes, a ressocialização e a resposta do Estado a atos tipificados como crimes.

A jurisdicionalização causou um grande avanço no que diz respeito aos direitos individuais. O cumprimento dos princípios estabelecidos no sistema punitivo são tão indispensáveis quanto a punição. Ademais, devemos incentivar a simplificação do acesso ao direito, diminuindo os obstáculos da justiça ao recluso.

A concretização das normas basilares do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade deve ser uma meta não somente do Estado, e sim de todos os cidadãos. Devemos buscar uma punição humanizada, reabilitando a pessoa que transgrediu a norma. Lembramos os ensinamos de Rodrigues: “se, num, certo sentido – o da sua importância prática -, a fase de execução deve ser encarada como especialmente relevante para o delinquente que sofre a sanção, no plano inter-relacional é nela que se joga o destino do sistema penal”¹⁶⁰.

Como vimos, a importância do acesso a um tribunal pelo preso deve ser reconhecido em sistemas penitenciários para auxiliar o efetivo cumprimento dos direitos. Dessa maneira, o acesso à justiça pode ser considerado “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹⁶¹.

Ao final fica clara a intenção da dissertação em incentivar o controle pelo próprio preso da situação jurídica de sua pena. Por outro lado, esclarece que o objetivo não foi desvalorizar a profissão do advogado, pelo contrário, engrandece o fato de ser opcional sua atuação, pois, será designado pelo preso, e não por obrigatoriedade de norma.

¹⁶⁰ Rodrigues, Anabela Miranda. Da <<afirmação de direitos>> à <<proteção de direitos>> dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão. In: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. Especial, 2004, p.187.

¹⁶¹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Editor Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 05.

E terminamos com o ensinamento de Kuehne: “Todos os Poderes e toda a sociedade, por seus diversos segmentos deve ser mobilizada, pois o retorno do homem, após o cumprimento da pena, dará exatamente, dentro da sociedade que temporariamente o alijou” ¹⁶².

¹⁶² KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal, anotada*. 9ª edição, Curitiba, editora Juruá, 2011, p. 37.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **A prisão à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, diretor Jorge de Figueiredo Dias, ed. Coimbra, ano 15, n.º3, jul-set, 2005.

_____. **Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

_____. **Direito Prisional Português e Europeu**. Editora Coimbra, 2006.

_____. **O futuro dos estudos penitenciários**. IN: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. Especial 2004.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo. In: Revista dos Tribunais, 1973.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. In: Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, out./dez. 2007.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada**. Coimbra, 4ª edição, 2010.

_____. **Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Direito ao Exame da Causa Publicamente**. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado na Internet. <<http://www.gddc.pt/default.asp>>.

_____. **Direito Prisional português e europeu.** Coimbra Editora, 2006.

BATTAGLINI, Giulio. **Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporâneo.** Roma, Istituto di Studi Legislativi, 1930, *apud* BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal.** 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011.

BELEZA DOS SANTOS, José. **Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura - Resultados e sugestões),** In: Boletim da Faculdade de Direito Supl. 15, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, I, 1961.

BITENCOURT, César Roberto. **Objetivo Ressocializador na visão da criminologia crítica.** In: Revista dos Tribunais, vol. 662, dez. 1990.

BONEVILLE DE MARSANGY, **Amélioration de la Loi Criminelle.** Paris, 1864, t.2 *apud*: BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1.** São Paulo, editora Saraiva, 2011.

BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal.** 2ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011.

CABO, Ana Isabel. **Todos os aspectos da vida penitenciária vão ter protecção.** In: Boletim da Ordem dos Advogados n.º 59, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** São Paulo, editora Saraiva, 20ª edição, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, reimpresso 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa.** Tradução Miguel Guerrero, Bogotá, Temis.

CARVALHO, L. G. Grandinetti; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo. BRANDÃO, Nuno. **Processo Penal do Brasil e de Portugal, estudo comparado: As Reformas Portuguesas e Brasileiras**. Coimbra, Editora Almedina, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Leituras Constitucionais, Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Editora *Lumen Juris*, 2004.

_____. **Pena e Garantias: 3ª edição, revista e atualizada**. Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2008.

CORREIA, Eduardo. **Assistência Prisional e Post-Prisional**. In: Boletim da Faculdade de Direito, suplemento XV, Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis, vol. I, 1961.

Direcção Geral dos Serviços Prisionais. Estatísticas Prisionais, 2º Trimestre de 2012. Governo de Portugal, Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.dgsp.mj.pt>>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. v. I., São Paulo, editora Malheiros, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

FARINHA, João de Deus Pinheiro. **A Convenção Europeia do Direito do Homem e os Reclusos**. Coimbra, 1981.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o processo penal**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos de Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2009.

_____ ; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A exigência de jurisdicionalização da execução.** In: Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 4, v.4, n.º 3, jul. ago. set., 1991.

FERNANDES, Agostinho; RATO, João. **Execução da Pena de Prisão em Portugal – Sistema Prisional Português.** In: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba, editora Juruá, 2008.

FERRAZ, Eduardo. **O Sistema Prisional na Óptica dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos.** IN: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. Especial, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, editora Vozes, 27ª edição, 1987.

FURTADO, Leonor. **A execução de penas e a política de reinserção em Portugal.** In: Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 59, 2009.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **A prisão no Brasil.** Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 136, p. 79-86, out./dez. de 1997, 10/1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, editora Saraiva, 4ª edição, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A defesa do condenado na execução penal.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini, BUSANA, Dante (Orgs.) Execução penal. São Paulo, editora Max Limonad, 1987.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal. Anotado e comentado.** Coimbra, editora Almedina, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.** Revista de informação legislativa, v.25, nº 97, jan./mar. de 1988.

_____. **Natureza Jurídica da Execução Penal.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo, editora Max Limonad, 1987.

_____. **Processo de execução e direito de defesa.** IN: Revista interamericana de direito processual penal, v.3, nº 12, p. 7-18, out./dez. de 1978.

GUERREIRO, Valdemar. **A posição jurídica do recluso face à reforma penitenciária de 2009.** IN: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, v. 2, n.º 2, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Disciplina do Livramento Condicional no Ordenamento Jurídico–Penal Brasileiro e violações a direitos fundamentais.** IN: MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba, editora Juruá, 2008.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal, anotada.** 9ª edição, Curitiba, editora Juruá, 2011.

_____. **Sistema Penitenciário – Novas Perspectivas.** In: Execução Penal, constatações, críticas, alternativas e utopias. Coordenadores Antônio de Padova Marchi Junior e Felipe Martins Pinto. Curitiba, editora Juruá, 2008.

LATAS, António. **Intervenção jurisdicional na execução das reacções criminais privativas da liberdade – aspectos práticos.** In: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. esp. 2004.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código de processo penal.** Rio de Janeiro, editora Forense, vol.VI, 1945.

LUNA, Everardo da Cunha. **A pena no novo Código Penal**. Justitia, v. 37, n. 90, jul/set. 1975. In: Revista do Ministério Público / Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nova fase, n.º 5/6, p. 35-71, jan./dez 1975.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo, 11ª edição, editora Saraiva, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra, editora Almedina, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, editora Malheiros Editores, 12ª edição, 2000.

MAGGIORE. **Diritto penale**. Bologna, 1958 *apud*: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. Comentários ao Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro, editora Forense, v.1, t. II, 1978.

MELO, André Luís Alves de. Negar acesso a advocacia é violar direitos humanos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-12/andre-melo-negar-acesso-advocacia-violacao-aos-direitos-humanos>. Acesso em 03 de junho de 2012.

Ministério da Justiça da República do Brasil, R010 – Página 1 de 1, Disponível em: <portal.mj.gov.br> Acesso em 03 de dezembro de 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. São Paulo, editora Atlas, 29ª edição, revista e atualizada, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo, editora Atlas, 11ª edição, 2008.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo, editora Saraiva, 1975.

MOREIRA, Adriano. **O Novíssimo Príncipe, análise da revolução.** Braga / Lisboa, Intervenção, 1977.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A política criminal na execução da pena.** In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. STVDIA IVRIDICA, AD HONOREM, 5. Editora Coimbra, vol. III, 2010.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal.** São Paulo, editora Saraiva, 3ª edição, 1996, *apud* Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. São Paulo, editora Saraiva, 11ª edição, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial.** São Paulo, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2012.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz De. **O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional.** In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, São Paulo, editora Quartier Latin, 2ª edição, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no Processo Civil.** São Paulo, editora Saraiva, 2ª edição, 2003.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa Criminal Activa**. Coimbra, editora Almedina, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1973.

PIRES, Maria José Morais. **As reservas à convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra, editora Almedina, 1997.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Breves notas sobre a novíssima execução penal**. In: TOLEDO, Francisco de Assis et al. Reforma penal. São Paulo, editora Saraiva, 1985.

RIBEIRO, Vinício A. P. **Código de Processo Penal. Notas e comentários**. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: As garantias do cidadão na justiça . Teixeira, Sálvio de Figueiredo (org.). São Paulo, editora Saraiva, 1993.

ROCHA, João Luís Moraes. **Entre a Reclusão e a Liberdade – Estudos Penitenciários**. Coimbra, editora Almedina, jan. 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade, seu fundamento e âmbito**. Coimbra, 1982.

_____. **Da <<afirmação de direitos>> à <<protecção de direitos>> dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão**. IN: Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. Especial, 2004.

_____. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão.** Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

_____. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão. Projecto de proposta de Lei de Execução da Penas e Medidas Privativas de Liberdade.** Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2002.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.** Editora Edipucrs, Porto Alegre, 2ª edição, 2010.

SANTORO, Arturo. *L'esecuzione penale.* Turim, editora Unione Tipografico - Editrice, 1954 apud: BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal.* São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011.

SILVA, Fernando Antonio de Souza. **O Direito de litigar sem advogado, argumentação jurídica e colisão de direitos fundamentais, na disciplina da capacidade postulatória em juízo.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, editora Renovar, 2007.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal.** Vol. I. Lisboa, editora Babel, 2010.

SOARES, Mario. **A minha experiência prisional.** IN: *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de Direito Penal, 1.º.** São Paulo, 8ª edição, 1991, apud SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal.* Vol. I. Lisboa, editora Babel, 2010.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **Estudos de Direito constitucional: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Coordenação Maria Garcia. São Paulo, editora Thomson, 2005.