

1. Origem das Penas

Na época da vingança privada, não havia proporção entre a penalidade atribuída para cada ofensa, ocasionando, por vezes, grandes lutas entre grupos distintos, chegando até mesmo a extinção de alguns.

Com o passar dos anos, surgiu o código de direito escrito “Código de Hamurabi” (1.700 a. C), em que houve a consagração da lei de talião “olho por olho e dente por dente”. Nesta ocasião, deixou-se o caráter privado da vingança, passando para o caráter divino (direito penal religioso, teocrático e sacerdotal). Sendo assim, a punição era mais rigorosa, uma vez que estava relacionada à grandeza divina.

No Oriente Antigo predominava o caráter religioso das leis, a exemplo da lei dos hebreus (Torah), bem como os Códigos de Hamurábi e Manu (entre 200 a. C. e 200 d.C.). Não há precisão, entretanto acredita-se que o primeiro tipo de prisão que se tem conhecimento está presente no Código de Manu, onde o condenado ficava em via pública recebendo o suplício como pena, contudo a prisão não era tida como pena.

Assim, a vingança pública perdurou do período helênico até o século XVIII, tendo como objetivo a segurança do príncipe e do soberano mediante a aplicação de pena no intuito de intimidar os supostos criminosos.

Na Grécia, ainda havia bastante influência religiosa em relação à pena e ao crime, uma vez que se acreditava que o direito e o poder emanava de Júpiter. Acreditava-se, então, que o poder dos reis era advindo dessa divindade, ou seja, o julgamento e os castigos eram feitos em nome desse deus.

O “Direito Penal” na Grécia fundamentou-se também nos pensamentos dos filósofos e pensadores gregos, a saber Aristóteles e Platão. No que tange à Aristóteles a ideia de culpabilidade advém da sua concepção de livre-arbítrio, enquanto Platão contribuiu para a ideia de intimidação da pena.

É pertinente aduzir a ponderação de Durkheim (1970, p. 640) acerca dos tipos de prisão propostos por Platão:

uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada a suplício que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade

Portanto, Platão desenvolvia duas ideias de prisão: prisão como pena e prisão como custódia a fim de conter e guardar os réus preservando-os até o julgamento. A Grécia também utilizou a prisão por dívidas, ou seja, como meio para deter os devedores em mora até que pagassem suas dívidas. Além disso, os crimes passaram a ser classificados entre públicos e privados.

No que se refere ao Direito Penal Romano, Ataliba Nogueira (1956, p. 22) pondera:

nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: ad molem, ad metallum, nas minas, pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a interdictio aqua et igni tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais).

Pode-se extrair do trecho supra a natureza aflitiva da pena. Outro ponto de destaque no Direito Penal Romano é o fato de em 509 a.C. houve a dissociação entre a religião e a lei, originando os crimina publica (perduellio, crime contra a segurança da cidade, eparricidium, primitivamente a morte do *civis sui iuris* e os delicta privada. O primeiro cabe ao próprio Estado a repressão, enquanto que o segundo a iniciativa de punição é do próprio ofendido. Surgindo, posteriormente, os crimina extraordinaria. Não havia ainda a concepção de prisão como pena. Em síntese, Bittencourt (2012, p. 1263) faz um apanhado da pena de prisão na Antiguidade Clássica:

Grécia e Roma, pois expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão como finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo das sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que eles cumprissem as suas obrigações.

Já o período medieval foi composto pelo direito canônico, direito germânico e direito romano, adotou-se a pena de morte e foi caracterizado pela extrema crueldade. Havia uma grande inobservância do princípio da legalidade, ou seja, os reis tinham plenos poderes e poderiam aplicar penas que não estavam previstas em lei, criando insegurança, incerteza e medo, uma vez que as sanções penais eram muito desproporcionais, pois variavam de acordo com a condição social e política do criminoso.

Até o século XVIII, a prisão não era uma forma de sanção penal, prevalecia as penas cruéis e desumanas, enquanto que a prisão tinha uma natureza de custódia a fim de que o acusado não fugisse e não ocultasse as provas.

Michel Foucault (1996, p. 11) relata uma execução ocorrida em 1757:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado a acompanhado uma carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazerre d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejado, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas dores excessivas, faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me'.

Foucault ainda adverte acerca desse tipo de execução (1996, p. 46):

O suplício tem então uma função jurídico-política. É uma cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exibe aos olhos de todos equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei o soberano todo-poderoso que faz valer a força.

Beccaria (1983, p. 56) preleciona sobre a ideia de suplício: “É necessário que a ideia do suplício esteja constantemente presente no coração do homem débil e domine o sentimento que o conduz ao crime.”

Na época medieval, surgiram duas espécies de prisão: prisão de Estado e prisão eclesiástica. Na prisão de Estado, os réus eram aqueles que eram tidos como inimigos do poder, real ou senhorial, que supostamente teriam cometido delitos de traição política ou adversários políticos. Exemplos desse tipo de prisão são: “Torre de Londres”, “Bastilha de Paris”, “Los Plomos”, porões, entre outros. Já a prisão eclesiástica destinava-se ao clérigo transgressor, em que no encarceramento seria feito penitência e meditação com o fito de provocar o arrependimento do rebelde.

Interessante ponderar que o Direito Canônico influenciou substancialmente o surgimento da prisão moderna, em especial o fundamento da regeneração do criminoso. Na

nomenclatura, por exemplo, “penitenciária” advém do vocábulo “penitência” estreitamente relacionado ao Direito Canônico. Essa influência canônica perdurou muito tempo, uma vez que segundo Bittencourt até o século XVIII considerava-se que crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

A Idade Média foi marcado pelo suplício do excesso do poder, em que predominava a arbitrariedade na aplicabilidade, uma vez que as leis eram imprecisas e lacunosas, favorecendo, por conseguinte, o absolutismo monárquico. Assim, apesar das atrocidades e crueldades dos suplícios, a criminalidade tornou-se insustentável na França, ensejando manifestações populares que se consubstanciaram na Revolução Francesa. Com a Revolução Francesa, houve a institucionalização da pena de prisão, abolindo as atrocidades dos suplícios e da vingança pública, conforme caracteriza FOUCAULT (1996, p. 69):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos chiers de doléances e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre o soberano e condenado. Esse conflito frontal entre vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável.

Considera-se uma transformação na perspectiva da finalidade do castigo, ou seja, o condenado passa a ser visto como propriedade rentável, em que o seu trabalho contribuia para a reparação da perda causada à sociedade, nos termos que FOUCAULT (1996, p. 98) versa;

No antigo sistema, o corpo dos condenados se tornava coisa de rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil. Daí o fato de que os reformadores tenham quase sempre proposto as obras públicas como uma das melhores penas possíveis.

Assim sendo, com a derrocada do Antigo Regime e a ascensão da burguesia, a punição deixou de ser um espetáculo público, tornando-se uma punição fechada, seguindo regras rígidas, deixando de punir o corpo para punir a alma, conforme Foucault (1996, p. 15): “O desaparecimento dos suplícios é pois o espetáculo que se elimina; mas é também o domínio sobre o corpo que se extingue.”

Essas mudanças ensejaram um reformismo no que tange à proporção entre crime e punição, ou seja, buscou-se a humanização das penas mediante a pena de privação de liberdade. Assim sendo, os sistemas prisionais encontraram suas origens no século XVIII.

2. Sistemas Prisionais

As origens da pena de prisão remontam aos monges e clérigos faltosos, entretanto os sistemas penitenciários encontraram sua forma no século XVIII, nos termos que Cesar Roberto Bitencourt (2012, p. 91) aduz:

além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia

Houve uma mudança na visão de cárcere, uma vez que antes a prisão tinha um caráter temporário, e agora passou a ter aspecto de punição em si. Para alguns doutrinadores, a prisão como pena mais antiga foi a House of Correction, construída em 1552 na cidade de Bridewll, na Inglaterra, caracterizava-se pela reedução dos criminosos mediante a disciplina extremamente rígida e o trabalho forçado.

2.1 Modelo Rasphuis (Amsterdam)

Em 1596, surge o primeiro modelo de sistema penitenciário, o Rasphuis de Amsterdam, destinado, a princípio, a mendigos ou a jovens malfeiteiros exclusivamente para homens. Segundo Foucault (1996, p. 107), o funcionamento dessa prisão obedecia três princípios: a duração das penas poderia ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do criminoso ou ainda ser prevista por sentença: em 1597, um condenado a doze anos de prisão poderia reduzir a oito anos, dependendo do seu comportamento; o trabalho era obrigatório, feito em comum (a cela individual apenas era utilizada a título de punição suplementar), em que havia a penitência do preso através de leituras espirituais; os prisioneiros recebiam dinheiro pelo labor.

Como estava no início da industrialização, havia déficit de operários e empregados para a maquinofatura, far-se-ia necessário o trabalho e a produção. Assim, o trabalho forçado além de suprir a necessidade de trabalhadores de maquinofatura, ainda era um suposto meio utilizado para correção.

Foucalt (1996, p. 107) ainda esclarece acerca desse sistema:

Enfim um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras, todo um jogo de meios para “atrair para o bem” e “desviar do mal”, enquadrava os detentos no dia – a – dia. Pode-se tomar o Rasphuis de Amsterdam como exemplo básico. Historicamente, faz a ligação entre a teoria, característica do século XVI, de uma transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício contínuo, e as técnicas penitenciárias imaginadas na segunda metade do século XVIII.

Gerou-se, assim, a ideia de reconstrução do indivíduo por meio da reflexão pessoal e da penitência, a qual serviu de fundamento para implantação das seguintes prisões: a Manson de Force de Gand da Bélgica; as casas de trabalho da Inglaterra, a Walnut Street Jail da Filadélfia e a Auburn dos Estados Unidos da América.

A Manson de Force, de Gand, foi fundada em 1627 tendo por base a Rasphuis de Amsterdã. Posteriormente, em 1775 foi reformada pelo Conde Hippolyte Vlain XIV. Nesse modelo instituiu-se pela primeira vez a classificação dos presos segundo categorias morais e jurídicas, acreditando-se que a ociosidade é a causa dos delitos, uma vez que um levantamento elaborado na jurisdição de Alost em 1749 demonstrou que os criminosos tratavam-se de “vagabundos” que se dedicavam à mendicância.

Foucalt (1996, p. 108) esclarece acerca das vantagens da Manson de Force:

Quatro vantagens: diminuir o número de processos criminais que custam caro ao Estado (poder-se-iam assim economizar mais de 100.000 libras em Flandres); não ser mais necessário adiar os impostos para os proprietários dos bosques arruinados pelos vagabundos; formar uma quantidade de novos operários, o que contribuiria, pela concorrência, a diminuir a mão – de – obra; enfim permitir aos verdadeiros pobres ter benefícios, sem divisão, da caridade necessária.

A pedagogia adotada na cadeia de Gand de correção através do trabalho, promovia a reconstrução do *homo economicus*, necessitando, pois, de uma duração razoável da pena a fim de imprimir no indivíduo o espírito de trabalho, além da utilização econômica do mesmo.

2.2 Modelo Inglês

Cumpre destacar os exemplos desse modelo são as casas de trabalho da Inglaterra em Worcester em 1697, em Lublin em 1707 e em Gloucester, sudoeste da Inglaterra. Nesse modelo acreditava-se que o isolamento constituía-se elemento essencial à correção do

indivíduo, buscava-se uma transformação tanto moral, como religiosa. Foucault (1996, p. 109) adverte acerca dos fundamentos do aludido modelo:

O esquema fora dado em 1775, por Hanway, que o justificava em primeiro lugar por razões negativas: a promiscuidade na prisão dá maus exemplos e possibilidades de evasão de imediato, de chantagem ou de cumplicidade para o futuro. A prisão se parece demais com uma fábrica deixando-se os detentos trabalhar em comum. As razões positivas em seguida: o isolamento constitui um “choque terrível”, a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem; o trabalho solitário se tornará então tanto um exercício de conversão quanto de aprendizagem; não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao homo economicus, mas também os imperativos do indivíduo moral.

Entretanto, na prática não houve fidelidade ao modelo inicial, uma vez que o isolamento só havia para os presos mais perigosos, enquanto os demais trabalhavam juntos durante o dia e o isolamento era apenas à noite.

2.3 Modelo de Filadélfia

Este regime iniciou-se em 1790 na Walnut Street Jail, tendo influência do modelo de Gand e de Gloucester. Há diversas denominações para esse modelo como sistema pensilvânico, sistema filadelfiano, sistema celular ou *solitary system*.

Caracterizava-se pelo trabalho obrigatório e isolado, disciplina, arrependimento através de leitura religiosa e impossibilidade de receber visitas. Segundo Foucault (1996, p. 110) há alguns traços peculiares desse sistema: o princípio da não-publicidade da pena, ou seja, a condenação e suas razões devem ser de conhecimento de todos, porém a execução da pena deve ser feita em segredo, não havendo nenhuma intervenção da população, nem como testemunha, nem como abonador da punição; a administração do presídio empreende um trabalho perante a alma do detento; feitura de relatórios dos detentos a fim de apontar os antigos maus hábitos.

A partir de 1797, os presos em Walnut Street Jail estavam divididos em categorias enumeradas por Foucault (1996, p. 112): os explicitamente condenados ao confinamento solitário ou que cometem faltas graves na prisão; os que são conhecidos por serem velhos delinquentes ou que possuem moral “depravada”, temperamento perigoso, disposições irregulares ou conduta desordenada infligida na prisão; os que durante ou depois da prisão demonstraram através do comportamento que não são delinquentes comuns; aqueles cujo

temperamento ainda não é conhecido (seção especial).

Posteriormente, esse regime passou para Eastern Penitentiary arquitetada por Edward Haviland demonstrando um progresso no que tange à arquitetura e à maneira como foi consumado o regime penitenciário em seu interior.

Em suma, esse sistema foi alvo de diversas críticas, tendo em vista que o excesso de severidade impossibilitava a readaptação social do detento perante o isolamento integral dos delinqüentes.

2.4 “Sistema Auburniano”

Em contraposição ao sistema filadelfiano, surgiu em 1820 na cidade de Auburn, Nova Iorque, o sistema norte-americano, também conhecido como *silent system* e “sistema auburniano”.

Era menos rigoroso do que o sistema filadelfiano, permitia o trabalho dos presos, a priori, dentro de suas próprias celas e depois em grupos, o isolamento noturno continuou similar ao modelo inglês. Um dos pontos bem peculiar a este sistema é o silêncio absoluto imposto aos presos, motivo pelo qual ficou conhecido como *silent system*. Manoel Pimentel (1983, p. 138) tece acerca de falhas encontradas nesse modelo:

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usavam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de boca de boi. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição de lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.

Importante frisar que com o passar dos anos, a superlotação, a corrupção dos vigilantes e severidade da disciplina comprometeu a imposição do isolamento e do silêncio. Entretanto, esse sistema imprimiu o germe do sistema progressivo.

2.5 Sistemas Progressivos

A partir do século XIX, ao mesmo tempo que a pena privativa de liberdade tornou-se predominante, “aboliu-se” os regimes celular e auburniano, ocorrendo maior adesão ao regime progressivo.

O regime progressivo significou uma espécie de avanço penitenciário, uma vez que a vontade do recluso tornou-se importante, além de ter havido uma diminuição no rigorismo na aplicação da pena de prisão.

2.5.1 Sistema Progressivo Inglês

Para alguns, esse sistema também conhecido como mark system teria surgido por volta de 1840 idealizado por Alexander Maconochie, governador da Ilha Norfolk, Colônia Britânica da Austrália.

Entretanto, outros acreditam que o real criador desse sistema foi o Coronel Manuel Montesinos de Molina, ao ser instituído governador do presídio de Valência 1834. A Inglaterra enviava criminosos perversos a essa ilha australiana, ou seja, os que após cumprir pena de transportation, reincidiam em crimes iriam para a referida ilha.

Nesse modelo, criou-se um regime progressivo de cumprimento da pena dividido em três estágios: no primeiro, o período de prova, em que o preso era mantido completamente isolado, no intuito de obrigar o detento a refletir acerca de seu crime, o trabalho era forçado e a alimentação era mínima; no segundo, o trabalho era comum e o silêncio absoluto, mantinha o isolamento noturno; no terceiro, livramento condicional, no momento em que o preso merecia o “ticket of leave” havia o ingresso no livramento condicional que era o último estágio.

2.5.2 Sistema Progressivo Irlandês

Walter Crofton era encarregado de inspecionar as prisões inglesas. Assim, no intuito de aperfeiçoar o sistema inglês, Crofton idealizou o sistema irlandês, no qual havia a preocupação com o retorno do recluso à sociedade.

Esse modelo acrescentou uma fase ao cumprimento de pena, nos termos esposados por

Roberto Lyra (1942, p. 91):

o sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida em comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.

O sistema irlandês foi bastante disseminado, em especial a partir do Congresso de Berlim, em 1933. Contudo, já ocorreram diversas mudanças substanciais nesse sistema como por exemplo: na Suécia, a partir da Lei Execução Penal, de 21 de dezembro de 1945, esse regime foi abandonado, apesar de a ideia de progressividade não ter sido abolida; na Dinamarca, a partir de 1947, ocorreu uma maior flexibilidade nesse regime.

2.5.3 Sistemas Montesinos

Em 1835, o Coronel Manuel Montesinos e Molina foi instituído “governador” do presídio de Valência. Montesinos possuía uma relação singular com os reclusos, tendo em vista que desenvolvia os sentimentos da confiança e do estímulo dos presos, buscando construir uma autoconsciência do delinquente.

Assim, conforme Bittencourt (2012, p. 365), esse sistema: “Possuía uma firme “esperança” nas possibilidades de reorientar o próximo, sem converter-se em uma prejudicial ingenuidade, encontrando o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitiria a correção do recluso.”

Em suma, os elementos principais desse sistema são as características do idealizador: força de vontade e capacidade de influir no espírito do recluso, ou seja, a sua grande capacidade de liderança lograva êxito na disciplina dos reclusos não pela severidade, mas sim pelo exercício da sua autoridade.

2.5.4 Crise do Sistema Progressivo

Bittencourt (2012, p. 366) adverte que uma das principais causas da crise do sistema progressivo seria a irrupção dos conhecimentos criminológicos nas prisões, ensejando a entrada de especialista muito diferentes dos apresentados no regime progressivo tradicional.

É válido pontuar algumas limitações do regime progressivo narradas por Bittencourt (2012, p.367)

- a) a efetividade do regime progressivo é uma ilusão, diante das poucas esperanças sobre os resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do recluso, especialmente no regime fechado.
- b) No fundo, o sistema progressivo alimenta a ilusão de favorecer mudanças que sejam progressivamente automáticas. O afrouxamento do regime não pode ser admitido como um método social que permita a aquisição de um maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do interno.
- c) Não é plausível, e muito menos em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária.
- d) O maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada.
- e) O sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Através da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionando à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente.

A crise do sistema progressivo desencadeou em transformação no sistema carcerário. Essa transformação se materializa na “individualização científica” e na perspectiva de um regime penitenciário mais humano e racional, como o regime aberto.

3. Sistema Prisional Brasileiro

Até 1830, não havia no Brasil um código penal próprio, uma vez que o Brasil era uma colônia portuguesa, estando submetida às disposições das Ordenações Filipinas, na qual em seu livro V continha o rol de crimes e penas a ser aplicado no Brasil. Constava a pena de morte, degrado para as galés e outros lugares, penas corporais, confisco de bens e multa, não havia ainda a pena de privação de liberdade, tendo em vista as ordenações eram do século XVII, enquanto que os movimentos reformistas só entrariam em cena no final do século XVIII.

Nessa época, as prisões no Brasil seguia a visão de encarceramento como meio, e não como fim, ou seja, não era visto como pena.

A Constituição de 1824 ensejou mudança no sistema punitivo no que tange à abolição das penas de açoite, de tortura, de ferro quente e de algumas penas severas, estabeleceu-se que

as prisões deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme as circunstâncias, e natureza dos seus crimes”.

Cumpre destacar alguns parágrafos do Art. 179 da Constituição de 1824 referentes à matéria penal, o qual direcionava o Código Criminal de 1830:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

§ 4.º: Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública;

§ 5.º: Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas, ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes dos seus acusadores, e os das testemunhas, havendo-as;

6.º: Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita;

7.º: Nenhuma pena passará da pessoa do seu delinquente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réus e transmitirá aos parentes, em qualquer grau que seja”;

8.º: As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e naturezados seus crimes.

O Código Criminal de 1830 possui características peculiares: imprescritibilidade das penas, reparação do dano causado pelo delito, responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, combinação prévia de feitura de um crime ser considerado agravante. Esse Código tinha como principal pena a de prisão, a qual poderia ser de dois tipos: prisão simples e prisão com trabalho. O art. 49 do código em comento demonstra as dificuldades de implantação da pena de prisão com trabalho: “Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituídas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impôr-se.”

Outro aspecto de destaque é que o Código de 1830 determinava três espécies de crimes: públicos (contra a ordem pública, o Império e o imperador), particulares (contra a propriedade ou contra o indivíduo) e os policiais (contra a civilidade e os bons costumes). Os crimes policiais eram as capoeiras, as sociedades secretas e a prostituição.

As penitenciárias no Brasil passavam por diversos problemas no que tange à dignidade humana dos presos, uma vez que preceitos fundamentais da Constituição de 1824 ainda não eram de fato postos em prática. Assim, em 1828 a Lei Imperial de 1º de Outubro cria as Câmaras Municipais tendo em seu art. 56 como uma de suas atribuições a seguinte:

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

Os relatórios elaborados por essas comissões que visitavam as prisões trouxeram a realidade do sistema prisional. O primeiro relatório produzido, em São Paulo, de abril de 1829 pontuou sobre o espaço físico dos estabelecimentos prisionais, onde havia mescla entre indivíduos ainda não condenados com condenados. Posteriormente, o relatório de setembro trouxe piores situações aos quais os presos eram submetidos.

Com o passar dos anos, essas comissões sempre trouxe dados bem depreciativos em relação ao sistema carcerário, tendo em vista a grande disparidade entre preceitos fundamentais contidos na Constituição de 1824 e a realidade das unidades prisionais, haja vista a alimentação ser ruim e pouca, a falta de água, a assistência médica era insuficiente o acúmulo de lixo, entre outros.

A partir desses relatórios, fruto da realidade prisional, inicia-se o debate sobre os sistemas penitenciários estrangeiros, em especial o Sistema da Filadélfia e o Sistema de Auburn.

3.1 Código Penal de 1890

Com a proclamação da república, far-se-ia necessário a instituição de um novo código penal, tendo em vista que o Código de 1830 não se amoldava mais aos fundamentos de um regime republicano.

Assim, em um espaço de tempo muito curto foi elaborado o projeto de lei do Código Penal de 1890, tendo sido promulgado em 10/11/1890. Há inúmeras críticas a este código, pois como fora feito em pouco tempo, há diversos defeitos técnicos, dificultando, por sua vez, a aplicação do mesmo.

Esse código tinha como penas: prisão celular, reclusão, prisão disciplinar e prisão com trabalho obrigatório. Adotou claramente o Sistema Progressista Irlandês em relação à progressão de pena do regime mais fechado até o regime aberto, nos termos dos artigos 45 e 50:

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

a) si não exceder um anno, com isolamento cellular pela quinta parte de sua duração;
b) si exceder desse prazo, por um período igual a 4^a parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commun, segregação nocturnae silencio durante o dia.

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

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

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

A maioria dos crimes previa como pena a prisão cellular, entretanto faltava estrutura nas unidades prisionais para a aludida prisão. Então, criou-se no Código, por meio do Art. 409, alternativa para o referido problema, que se alastrava desde a promulgação do Código de 1830:

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

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

A título exemplificativo é válido pontuar que, no ano de 1906, foram condenados 976 presos, no estado de São Paulo, à prisão celular, entretanto havia apenas 160 vagas para esse tipo de prisão. Assim sendo, 816 presos (90,3%) cumpriram pena sem estar em consonância com o Código Penal vigente à época. Isso se deu em virtude da grande quantidade de crimes que tinha previsão de pena a prisão celular.

Além desse problema de falta de estrutura para a prisão celular, havia a falta de vagas nas unidades prisionais da capital, uma vez que os presos do interior eram transferidos para a capital, quando não havia na comarca uma prisão específica para o cumprimento da pena imputada. Tornou-se tão corriqueiro tais transferências que o chefe da Polícia, João Baptista de Mello Peixoto, emitiu uma circular, em novembro de 1895, na qual constava o pedido para que os juízes ao determinarem transferências dessem prioridade as cadeias das comarcas vizinhas, e não a Cadeia da Capital.

3.2 CÓDIGO DE 1940

Originou-se a partir de um projeto elaborado pelo professor Alcântara Machado. Entretanto, uma comissão revisora, cujos componentes eram Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra alterou integralmente o projeto do professor. Essa alteração aconteceu em virtude da orientação da política criminal vigente à época, inspirada no Código Italiano de 1930 (Código Rocco) e Suíço de 1937.

As características basilares do código em referência são: figura do duplo binário, sistema progressivo para cumprimento das penas, suspensão condicional, pluralidade de penas privativas de liberdades (reclusão e detenção), exigência do início da execução para a configuração da tentativa. Não havia mais a pena de morte, nem a prisão perpétua, e o máximo da pena privativa de liberdade era de 30 anos.

Em 1961, o governo solicitou que Nelson Hungria elaborasse uma reforma na legislação criminal. A mudança principal foi a abolição do sistema do duplo binário, adotando-se o sistema variante nos casos em que o agente é semi-imputável.

Por fim, foi promulgada a Lei de Execução Penal em 11 de Julho de 1984 juntamente com a parte geral do Código Penal.

4. Sistema Carcerário Feminino

Nos primórdios das prisões femininas, havia uma grande força do discurso moral e religioso nas formas do aprisionamento feminino. Nesse sentido, a criminalização estava relacionada à prostituição, vadiagem e embriaguez, gerando a ideia de que o aprisionamento seria uma forma de “purificação” da mulher, em que ela se tornaria mais dócil e delicada. Portanto, possuía o intuito de domesticar as mulheres, além de “vigiá-las” a sua sexualidade.

Segundo Soares e Ilgenfritz (2002, p. 52), as primeiras indicações sobre mulheres presas constam no Relatório do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, de 1870, em que há um mapa do movimento do Calabouço: a prisão de escravos, que funcionava na Casa de Correção da Corte. Em 1869 e 1870, 187 mulheres escravas estiveram por lá, das quais 169 saíram, duas faleceram e 16 “permaneceram”. Segundo consta no Relatório de 1872, nos galés com mais de 20 anos havia uma dessas 16 que estava presa há 25 anos.

Posteriormente, no Relatório da Casa de Correção da Capital Federal de 1905 (Soares e Ilgenfritz, 2002, p. 52) há apontamentos de melhoramentos no alojamento das presas:

adaptação das cinco cellulas do antigo manicômio à prisão de mulheres, enquanto não se edifica um pavilhão especial. As mulheres em cumprimento de sentença, pessimamente na antiga prisão dos galés, velho barracão ao rês do chão, sem condição alguma de higiene, construindo há muitos anos com caráter provisório, junto a muralha, exatamente na parte onde devia ser o pórtico da Casa de Correção. Essas cinco cellulas foram convenientemente assolhadas com táboas de peroba sobre barrotes de masaranduba, previamente empedrado e cimentado o solo

João Alves, então Ministro da Justiça, em 1923 incumbiu Lemos de Brito a realizar um projeto de reforma penitenciária. Lemos, então, percorreu todo o país e apresentou um projeto geral em 1924, no qual orientava que a União construísse um reformatório especial, onde haveria um tratamento específico para mulheres.

Oportuno ainda mencionar Cândido Mendes, que como presidente do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, em 1928, apresentou ao ministro da justiça da época o trabalho “As mulheres criminosas no centro mais populoso do Brasil”, no qual propõe a realização de cadastros para melhorar as avaliações no que tange aos tipos de penas, número de criminosos, natureza da infração, entre outros. Nesta ocasião, sugere também a criação de penitenciária agrícola para mulheres, onde haveria o aprendizado do trabalho rural.

Conforme Soares e Ilgenfritz (2002, p. 55), no Relatório do Conselho Penitenciário de 1932, a situação das prisões no Brasil são tidas como “vergonha alheia”, além de haver a afirmação de que as mulheres condenadas “jazem na mais deletéria promiscuidade, em salas térreas no fundo da Casa de Detenção, por não terem para onde ir, apesar dos esforços do Patronato das Presas”. Soares e Ilgenfritz (2002, p. 55) ainda esclarecem do que se trata Patronato das Presas:

O Patronato das Presas era uma instituição benemérita, criada em 1924 para servir de auxiliar ao Conselho Penitenciário na vigilância das mulheres em liberdade condicional, segundo o modelo de Carcel de Mujeres das repúblicas Argentina e Uruguai. No Patronato, as mulheres que operavam “como carcereiras (eram) distintas senhorinhas de importantes famílias brasileiras, [e] religiosas da Congregação” [do Bom Pastor] (...)

Pelo trecho se pode extrair o papel assistencialista e filantrópico das elites, além de demonstrar a influência religiosa no sistema prisional.

A partir de 1930, o governo brasileiro instituiu diversas mudanças na organização e regulamentação das prisões brasileiras, a saber: aplicação do Regimento das Correções na perspectiva de reorganizar o sistema penitenciário; criação do Fundo e o Selo Penitenciário a fim de angariar fundos para investir nas unidades prisionais; edição do Código Penitenciário

da República, no qual consta o ordenamento das atividades realizadas pelos condenados. Por fim, em 1941 instituiu-se o novo Código Penal.

Até 1940, não havia no ordenamento brasileiro nenhuma norma que regulamentasse o encarceramento de mulheres em salas, celas, alas e seções separadas dos homens. Desse modo, às vezes as mulheres eram separadas dos homens, outras não, ficando a critério das autoridades responsáveis pela prisão e conforme as condições físicas para tanto.

Importante salientar que as primeiras disposições legais referentes à estrutura física do encarceramento feminino foram estabelecidas pelo Código Penal (1940), pelo Código de Processo Penal (1940) e pela Lei das Contravenções Penais (1941). Assim, o § 2º, do Art. 29, do Código Penal de 1940 aduz: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”.

Interessante destacar que há diferença de objetivo entre o encarceramento feminino e o masculino, tendo em vista que o masculino buscava a restauração do preso através do sentido de legalidade e de trabalho, enquanto no feminino a prioridade era restaurar o sentimento de pudor. Nesse sentido, preleciona Soares e Ilgenfritz (2002, p. 58):

Dedicadas às prendas domésticas de todo tipo (bordado, costura, cozinha, cuidado da casa e dos filhos e marido), elas estariam aptas a retornar ao convívio social e da família, ou, caso fossem solteiras, idosas ou sem vocação para o casamento, estariam preparadas para a vida religiosa.

Assim, em 9 de novembro de 1942, é criada a primeira penitenciária feminina do antigo Distrito Federal na cidade de Bangu, através do Decreto nº. 3971 de 2/10/1941. A administração interna e pedagógica dessa prisão era de responsabilidade das freiras, nos termos delineados em contrato, em que estavam determinados os limites e os encargos, além da subordinação formal à Penitenciária Formal do Distrito Federal.

Então, nos anos 60, a partir do movimento feminista, surge a discussão dos papéis sociais dos homens e das mulheres, ocorrendo mudança nos estudos da criminalidade feminina. Posteriormente, no início dos anos 70, a mulher encontrava-se numa condição muito desfavorável no que concerne o direito penal, tendo em vista que o aparato legal foi produzido dentro de uma perspectiva patriarcal, desconsiderando notoriamente as especificidades femininas.

Em 1984, há um marco legal na história da execução penal no Brasil, uma vez que pela primeira vez a referida matéria é consolidada no país, tendo como pilar o garantismo,

consagrando-se rol de direitos, em consonância com as recomendações internacionais, sobretudo da ONU acerca da execução penal no mundo.

Em interação com a Declaração dos Direitos Humanos, a LEP tem por objetivo proporcionar a harmônica integração do condenado e do preso, nos seguintes termos: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Importante salientar que a LEP em seu art. 11 consagrou diversas formas de assistências de responsabilidade do Estado, demonstrando que a privação de liberdade não significa privação de direitos fundamentais.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III -jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

No que tange às diferenças de gênero, a execução penal da mulher deve ser em estabelecimento penitenciário feminino individualizado, não podendo ser mantida em estabelecimento prisional junto com homens. As unidades prisionais femininas não possuem divergências em relação às masculinas, exceto as necessárias a adequação do gênero feminino. Espinoza (2004, p. 148) esclarece que as interações no cárcere são praticamente as mesmas tanto no feminino, como no masculino:

As interações no cárcere, mesmo feminino, se reproduzem pela regra do medo, ou seja, a doutrina de prêmios e castigos é reconstruída na sua versão mais perversa, visto que não se apela ao estímulo, mas à coerção, para produzir alterações na conduta das pessoas. A disciplina converte-se então em mecanismo justificado para o incremento do sofrimento.

No âmbito internacional, surge as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas, cujo tema foi Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes realizado em Genebra, em 1955, e aprovado pelo Conselho Econômico e Social da ONU mediante a Resolução nº 663, de 31 de Julho de 1957. Essas regras trouxeram novidades, como, por exemplo, a aplicação de princípios inerentes a dignidade da pessoa humana para a organização penitenciária, a visão de detento como sujeitos de direitos, além de disposições específicas para mulheres presas.

A Regra 23-1 estabelece que “nos estabelecimentos para as mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz”.

Assim, o Brasil buscando respeitar o princípio da individualização da pena, em consonância com as Regras Mínimas do Tratamento dos presos, consagrou em seu ordenamento: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.” (CF, Art. 5º, inciso XLVIII); “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal (LEP, Art. 82, § 1º).

Além da garantia constitucional de estabelecimento prisional feminino separado do masculino, houve garantias na dimensão da maternidade, como, por exemplo, o direito à amamentação no sistema prisional (Art. 5º, L).

Em 17 de outubro de 1994, o Brasil estabeleceu a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, dispondo sobre as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil. No que concerne ao gênero feminino determinou-se: “As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios (Art. 7º, §1º); “Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.” (Art. 7º, § 2º); “Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creche e em pré-escola (Art. 11); “O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado em caso de emergência.” (Art. 17).

Apesar das diversas garantias legais pertinentes às mulheres já apontadas, algumas necessidades especiais das mulheres deram ensejo a complementação das Regras Mínimas para tratamento de pessoas em outubro de 2010, aprovadas na 65ª Seção da Assembleia Geral das Nações Unidas, chamada de “Regras de Bangkok” (Regras Mínimas da ONU para o tratamento de mulheres presas), configurando no marco normativo internacional de proteção às mulheres encarceradas. Essas Regras trouxeram diversos pontos acerca da maternidade no cárcere.

Em suma, acredita-se que as Regras de Bangkok em consonância com as disposições com a legislação pátria possa proporcionar, verdadeiramente, uma proteção à maternidade e a infância no ambiente prisional.