

AUTONOMIA E JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO EUROPEU CONTINENTAL

AUTONOMY AND JURISDICIONALIZATION OF THE EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS IN CONTINENTAL EUROPEAN LAW

Bruno Augusto Vigo Milanez¹

RESUMO

O direito de execução penal, como disciplina autônoma, é ramo recente do ordenamento jurídico, tendo se desenvolvido sobremaneira a partir do momento em que a privação da liberdade individual assume proeminência como mecanismo moderno de sanção penal. O presente estudo tem por escopo tratar sobre dois temas que caminham em paralelo à evolução dogmática do direito de execução penal, quais sejam, a autonomia da disciplina e a conseqüente jurisdicionalização do processo de execução penal, selecionando-se, para a análise, a experiência comparada do direito italiano, espanhol e português.

Palavras-chave: Execução Penal. Jurisdicionalização. Direito do Preso.

ABSTRACT

The criminal execution law, as an autonomous legal matter, is a recent branch of the legal system, having developed specially since the deprivation of individual liberty assumes primacy as a modern mechanism of criminal sanction. The purpose of this study is to deal with two themes that go in parallel with the dogmatic evolution of the criminal execution law, which are the autonomy of the legal matter and the consequent jurisdictionalisation of the criminal enforcement process, choosing, for the analysis, the comparative experience of the Italian, Spanish and Portuguese law.

Keywords: Execution of Criminal Sanctions. Jurisdictionalisation. Prisoner rights.

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR. Advogado. Professor Universitário. *E-mail*: bruno@mfadvocacia.adv.br

INTRODUÇÃO

A privação da liberdade, como sanção penal, é fenômeno recente e que remete sobremaneira à formação dos Estados capitalistas. Como destacam Rusche e Kirchheimer, em modelos sociais pré-capitalistas, a liberdade individual de ir e vir não se presta como moeda de troca – cuja perda poderia funcionar como mecanismo de sanção e controle social –, dado que nesses arranjos sociais a supressão da liberdade é pressuposta em relação à extragrande parcela da população. Em outros termos, a restrição da liberdade individual como pena pressupõe o gozo dessa liberdade como direito, o que inexistente em modelos de produção eminentemente servis e escravocratas².

Logo, ainda que a gênese das instituições carcerárias, da forma como modernamente as concebemos, remeta embrionariamente aos séculos XV e XVI, é a partir da segunda metade do séc. XVIII que efetivamente as prisões passaram a ser utilizadas como a principal estratégia punitiva no âmbito dos Estados³. E a partir da utilização do cárcere como principal forma de punição, passou-se a discutir, com maior rigor dogmático e metodológico, questões afetas a direitos, deveres e garantias dos cidadãos privados da liberdade individual.

Nesse contexto, a autonomia do direito de execução penal é fenômeno recente e que remete essencialmente ao período de transição entre o final do séc. XIX e início do séc. XX, quando ideais correccionalistas e iluministas passaram a justificar, precipuamente, os fins da pena⁴.

Esse fenômeno conduz a uma paulatina discussão dogmática a respeito dos direitos dos condenados e dos mecanismos de tutela desses direitos, possibilitando o surgimento de um ramo do ordenamento jurídico que versa a respeito da salvaguarda dos direitos fundamentais dos condenados⁵.

No âmbito do direito europeu continental, as primeiras formulações doutrinárias a respeito do direito penitenciário são tributadas ao polonês Emil Stanislaw Rappaport, que promoveu divisão tripartida entre direito penal, processual penal e execucional. A partir de então, espraia-se no direito europeu continental a concepção autonomista do Direito Penitenciário⁶.

² RUSCHE, G.; KIRSCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

³ PADOVANI, T. **L'Utopia Punitiva**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 4 e ss.

⁴ BARREIROS, J. A. As instituições criminais em Portugal no Século XIX: subsídios para a sua história. **Análise Social**, v. 16, n. 63, 1980, p. 587.

⁵ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3.

⁶ MIOTTO, A. B. O Direito Penitenciário: importância e necessidade de seu estudo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 7, n. 28, jan./mar. 1971, p 94-95.

O movimento crescente de sistematização do direito penitenciário se reflete no cenário transnacional no ano de 1955, quando foram aprovadas em Genebra, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos – posteriormente revisadas e modificadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1973 –, servindo de base para modificações legislativas em diversos países europeus.

Tendo-se em vista que, em largos espaços, a experiência do direito europeu continental em sede executiva influenciou – e ainda influencia – o direito pátrio, convém analisar, ainda que brevemente, a construção dogmática do direito penitenciário em sede de direito comparado.

Na impossibilidade de análise ampla e exauriente, duas questões centrais serão objeto de estudo – pela importância na afirmação de direitos dos presos –, quais sejam, a autonomia do direito de execução penal e a jurisdicionalização do processo executivo. E nos limites do texto, selecionou-se para investigação a Itália, Espanha e Portugal, pois além forte influência em nosso ordenamento, possuem uma linha evolutiva que exprime um panorama geral do direito europeu continental na seara executiva.

1 ITÁLIA

Na Itália, a reconstrução histórica da instituição carcerária e dos direitos dos presos remete embrionariamente aos séculos XVI e XVII. No período, a ausência de um poder central unificador possibilitou que as grandes corporações exercitassem a custódia de prisioneiros e o exercício da punição. Os processos primitivos de acumulação e a expansão manufatureira ampliaram a massa de desocupados, o que conduziu ao aumento da repressão à mendicância. Nesse contexto, dentre as estratégias repressivas, passou-se a utilizar hospitais e as obras de caridade para a alocação de pobres, mendigos e pequenos criminosos, concentrando-se, em um mesmo ambiente, mecanismos punitivos e assistencialistas⁷.

No início séc. XVIII, com o acentuado processo de proletarização de camponeses e artesãos, aumentou o contingente de pobres e mendigos, emergindo a lógica da *caridade restritiva*: força-se os *pobres hábeis* a procurarem emprego e reserva-se aos *pobres inábeis* a atividade assistencialista. Essa lógica dual – assistencialista e correcionalista – é incorporada formalmente nas *Istruzioni e Regole degli Ospizi Generali per i Poveri*, de Vittorio Amadeu II (1717)⁸.

⁷ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2006, p. 103-109.

⁸ Ibid., p. 109-112.

Esse incipiente programa de controle social é posteriormente reforçado com a criação de um estabelecimento para jovens desordeiros (*Casa del Buon Consiglio*), cujo regulamento assimila, no âmbito laboral, ideais pedagógico-correcionais. A expansão do modelo conduz à afirmação de que, no período, um dos objetivos essenciais da restrição da liberdade é o controle da mão de obra⁹.

Ao final do séc. XVIII, com o gradual processo de unificação estatal, os rearranjos das relações sociais impuseram a reformulação da política criminal, que passou a abranger, de forma determinante, um sistema normativo de crimes e penas¹⁰. O programa criminalizante é sucedido pela construção, em Milão, de uma prisão e de uma casa de correção, bem como da publicação de um Código Penal, em 1769:

*Este estabelecimento de Milão [a prisão] é, sem dúvida, um momento crucial de passagem na história do cárcere italiano [...]. Trata-se, já, de uma instituição para criminosos, não para pobres ou somente para jovens, e o trabalho não tem por fim a instrução profissional.*¹¹(Grifo nosso)

Nesse momento, passou-se a discutir, de forma incipiente e assistemática, a necessidade de salvaguardar alguns direitos aos presos. A influência da cultura iluminista, mormente a partir da difusão do pensamento de Cesare Beccaria e John Howard, reflete em algumas leis do período:

*A Legislazione criminale toscana de 1786 é considerada por muitos uma aplicação das teorias de Beccaria e Howard. Nela estavam abolidas a pena de morte e a tortura (cujos instrumentos foram queimados em público), os delitos de lesa-majestade eram reduzidos e casos específicos, e se afirmava claramente como finalidade da pena a correção do réu.*¹²

Contudo, ainda não há de se falar, nesse momento, na existência de regras uniformes sobre a execução das penas ou mesmo sobre os direitos dos presos. O que há são apenas alguns influxos humanitários esparsos – a maioria paliativos; outros puramente simbólicos –, no intuito de resguardar condições mínimas de dignidade aos cidadãos privados da liberdade de ir e vir¹³.

Essa matéria não sofreu grandes câmbios no início do séc. XIX. A expansão das medidas de vigilância e controle social – com o surgimento de medidas policiais e a utilização

⁹ Ibid., p. 113.

¹⁰ Ibid., p. 113-116.

¹¹ Ibid., p. 117-118.

¹² Ibid., p. 119.

¹³ Ibid., p. 121.

da força para fins preventivos, repressivos e dissuasórios de práticas consideradas ilegais (precipualemente vinculadas à defesa da propriedade) –, não é acompanhada de reformas carcerárias ou de medidas normativas efetivas de proteção do cidadão encarcerado¹⁴.

A questão executacional e carcerária começou a ser objeto de maior preocupação a partir de meados do séc. XIX.

O silêncio absoluto do CPP de 1859 a respeito da execução das penas¹⁵ foi quebrado por disposições executacionais esparsas previstas no CPP de 1865 (Arts. 584-604 e 778-786), que em linhas gerais regulava a execução como atividade administrativa do Estado¹⁶. Algumas previsões legais indicavam desde logo uma tendência a jurisdicionalizar questões afetas à execução penal, como é o caso da segunda parte do Art. 781, que em matéria disciplinar dispunha que “a competência para conhecer da transgressão cabe à corte ou ao tribunal que pronunciou a condenação” (tradução livre)¹⁷.

No período que compreende o final do séc. XIX, as regras executacionais foram concebidas a partir de um paradigma clínico, o que refletiu um conjunto de regulamentos penitenciários de forte conteúdo correcionalista, baseados em um sistema disciplinar de prêmios e punições a fim de reger a vida do cidadão condenado¹⁸.

A crescente sistematização legal das regras sobre a execução penal foi reforçada no início do séc. XX, quando as previsões esparsas do CPP/1865 deram lugar a uma série de artigos agrupados no Livro IV do *Codice di Rito* de 1913 (Arts. 554 e ss.), intitulado “*della esecuzione e di alcuni provvedimenti speciali*”.

Ainda que o *Codice di Rito* não tenha incorporado a integralidade das regras executacionais – fato atribuído, em parte, à falta de elaboração doutrinária sobre a matéria¹⁹ –, pode-se dizer que é a partir dele que a execução penal assumiu maior importância no ordenamento jurídico italiano. No plano formal, houve um inegável avanço no sentido de proteção dos direitos dos condenados, como se pode depreender da regra do Art. 558,

¹⁴ Ibid., p. 132-134 e 147.

¹⁵ SIRACUSA, F. **Istituzioni di Diritto Penitenziario**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935, p. 343; MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere...** Op. cit., p. 135 e ss.

¹⁶ SIRACUSA, F. **Istituzioni...** Op. cit., p. 343-344; SANTORO, A. **L'esecuzione Penale**. 2. ed. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1953, p. 1-2; CATELANI, G. **Manuale Dell'Esecuzione Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980, p. 2; DI RONZA, P. **Manuale di Diritto Dell'Esecuzione Penale**. Padova: Cedam, 1989, p. 4-6.

¹⁷ Trad. de: “*La competenza a conoscere della trasgressione spetta alla corte o al tribunale che ha pronunciato la condanna.*”

¹⁸ DI RONZA, P. **Manuale...** Op. cit., p. 5-7; GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento Penitenziario e Misure Alternative all Detenzione**. Milano: Giuffrè, 1977, p. 4-5.

¹⁹ MARSICH, P. **L'esecuzione Penale**: saggio introduttivo. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1927, p. 3.

primeira parte do *Codice* ao prever que os incidentes da execução serão decididos pelo juiz que proferiu a sentença²⁰.

A maior atenção legislativa conferida à execução penal no início do séc. XX conduz a um crescente debate doutrinário a respeito do tema, notadamente no que diz com a autonomia da execução penal e ao controle jurisdicional do cumprimento da pena²¹, ainda que fosse prevalente o caráter administrativo da execução penal²². Esse profícuo debate doutrinário não encontra a ressonância devida no *Codice Rocco* (1930) e no *Regolamento Penitenziario* (RD 18 giugno 1931, n. 787), gestados no regime fascista e, portanto, de nítido caráter antidemocrático²³.

Ainda que o CP/1930 tenha, do ponto de vista dogmático, “postulado um maior entrosamento entre o sistema penal com [sic] o penitenciário”²⁴ – reforçando a intervenção judicial nos incidentes da execução –, as questões relacionadas à disciplina carcerária e aos direitos dos presos estavam vinculadas sobremaneira à administração penitenciária, o que possibilitava toda a sorte de abusos e negação de direitos aos condenados²⁵.

O revés democrático engendrado em termos de garantias penitenciárias não obsta, porém, algum desenvolvimento dogmático no campo da execução penal, o que se reflete na criação da *Rivista di Diritto Penitenziario* (1931-1943) e na primeira cátedra para o ensino da disciplina em 1931, na Universidade de Roma²⁶.

O movimento de reforma legislativa do ordenamento penitenciário foi retomado oficialmente em 1947, com a constituição de uma Comissão Ministerial para o debate político da matéria que – em paralelo a diversas iniciativas de estudos penitenciários desenvolvidos pela sociedade civil –, culminou com a análise parlamentar de um *disegno di legge* sobre o ordenamento penitenciário, em 1960:

Esse projeto de lei conglobava também a matéria concernente à prevenção da delinquência juvenil, na perspectiva de reforma da lei constitutiva do Tribunal

²⁰ SIRACUSA, F. *Istituzioni*... Op. cit., p. 345-346; DI RONZA, P. *Manuale*... Op. cit., p. 7.

²¹ DI RONZA, P. *Manuale*... Op. cit., p. 7-9; GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. *Ordinamento*... Op. cit., p. 6. MARSICH, P. *L'esecuzione*... Op. cit., p. 2.

²² MARSICH, P. *L'esecuzione*... Op. cit., p. 65.

²³ PADOVANI, T. *L'Utopia*... Op. cit., p. 212-221. Sobre a comparação entre o excessivo rigorismo do Código Rocco, em face do Código Zanardelli, cf.: VASSALI, G. O Código Rocco. *Revista de Direito Penal*, n. 27, jan./jun. 1979, p. 54-67.

²⁴ VASSALI, G. O Código... Op. cit., p. 55.

²⁵ PADOVANI, T. *L'Utopia*... Op. cit., p. 213-214; DI RONZA, P. *Manuale*... Op. cit., p. 10-12; CATELANI, G. *Manuale*... Op. cit., p. 63-66; TARTAGLIONE, G. Le Funzioni del Giudice di Sorveglianza. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, numero speciale, 1990, p. 345-362; SANTORO, A. *L'esecuzione*... Op. cit., p. 3; SIRACUSA, F. *Istituzioni*... Op. cit., p. 359-369.

²⁶ SIRACUSA, F. *Istituzioni*... Op. cit., p. 10.

de Menores de 1934. Isso, de um lado, adequava o sistema penitenciário aos princípios estabelecidos nas Regras Mínimas da ONU e, de outro, introduzia o critério de individualização do tratamento reeducativo baseado sobre a observação da personalidade. Continha, também, alguma relevante novidade, qual seja: o instituto de estudos penitenciários, os centros de serviço social para adultos; os educadores para adultos e o regime de semiliberdade (tradução livre).²⁷

O projeto, porém, não foi votado, assim como as propostas legislativas apresentadas entre os anos de 1965-1968. No ano de 1972, iniciou-se uma nova tentativa de reforma do ordenamento penitenciário, com a apresentação de novo projeto de lei para apreciação parlamentar.

O texto foi aprovado com algumas modificações, convertendo-se na *Legge 354/75 – Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della liberta* –, que modificou profundamente a sistemática penitenciária. Foi também aprovado, em 1976, o *regolamento di esecuzione dell’ordinamento penitenziario* (Decreto 29 aprile 1976, n. 431), ambos incorporando o viés humanitário positivado no Art. 27, da Constituição, bem como disposições contidas nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da ONU²⁸.

No que se refere às inovações promovidas, ressalta-se a introdução da legalidade estrita em matéria disciplinar (Art. 38), ao se dispor que o cidadão encarcerado “não pode ser punido por um fato que não seja expressamente previsto como infração ao regulamento” (tradução livre)²⁹. Também foram incorporadas previsões sobre o direito de petição dos presos (Art. 35) e regras de assistência familiar (Art. 45) e aos egressos (Art. 46)³⁰.

²⁷ GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento...** Op. cit., p. 9. [Trad. de: “Questo disegno di legge conglobava anche la materia concernente la prevenzione della delinquenza minorile, nella prospettiva di riforma della legge istitutiva del Tribunale per i minorenni del 1934. Esso, da un lato, adeguava il sistema penitenziario ai principi stabiliti dalle Regole Minime dell’ONU., dall’altro, introduceva il criterio della individualizzazione del trattamento rieducativo basato sull’osservazione della personalità. Conteneva, inoltre, alcune rilevanti novità, quali: l’istituto di studi penitenziari, i centri di servizio sociale per adulti, gli educatori per adulti, e il regime do semi-libertà.”]

²⁸ GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento...** Op. cit., p. 9-12; FODERARO, S. **Tutela Dell’ordine Pubblico e Ordinamento Penitenziario**: appendice alle ‘istituzioni di diritto e procedura penale. Padova: Cedam, 1976, p. 76. Segundo Fassone, as novas regras do ordenamento penitenciário representavam o fragmento de um complexo sistema penal e penitenciário, permeado por ideologias de prevenção geral e especial, em que emenda e retribuição se faziam concomitantemente presentes (FASSONE, E. **La Pena in Italia dall’800 alla Riforma Penitenziaria**. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 143-144).

²⁹ Trad. de: “[...] non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento”. Sobre a legalidade no exercício do poder disciplinar, cf.: GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento...** Op. cit., p. 188-190; DI RONZA, P. **Manuale...** Op. cit., p.15-16; FASSONE, E. **La Pena...** Op. cit., p. 175-180.

³⁰ FASSONE, E. **La Pena...** Op. cit., p. 144-145.

Relativamente à jurisdicionalização da execução, em que pese a decisão sobre punições disciplinares ter permanecido afeta à administração penitenciária (Art. 40), os poderes dos *giudici di sorveglianza*³¹ – bastante limitados até aquele momento –, foram ampliados e o processo de execução penal ganha em autonomia³².

Após um conjunto de modificações parciais – mormente no que diz com as regras sobre tratamento penitenciário e o procedimento de fiscalização da execução das penas³³ –, o *regolamento* de 1976 foi substituído pelo Decreto 30 *giugno* 2000, n. 230, que ampliou o catálogo de direitos dos condenados ao especificar regras sobre higiene, salubridade e iluminação das celas (Art. 6º e ss.), assistência a condenadas gestantes e mães (Art. 19), bem como estudo (Arts. 41 e ss.) e trabalho (Art. 47 e ss.) dos condenados.

Não se pode perder de vista, porém, que mesmo em Nações com um elevado grau de cumprimento das promessas do Estado de Bem-Estar social, o direito penal e, mais especificamente, a pena privativa de liberdade, orientam-se pela lógica da menor elegibilidade (*less eligibility*)³⁴, de modo que as condições carcerárias são – e seguem sendo – sempre piores do que quaisquer condições extramuros.

Nesse contexto, em “*juízo piloto*” abordando as condições carcerárias de alguns presos na Itália – mais especificamente nas prisões de Busto Arsizio e Piacenza –, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em *Torregiani et al v. Italy* (8.1.2013), declarou as condições inumanas e degradantes dos estabelecimentos carcerários italianos³⁵, desnudando algumas das mazelas e lapsos de legalidade do sistema penitenciário italiano.

2 ESPANHA

Na Espanha, muito embora se aponte um longo caminho percorrido para o reconhecimento de direitos fundamentais aos condenados³⁶, é possível construir a

³¹ BONOMO, M.; BREDI, R. **Ordinamento...** Op. cit., p. 294.

³² DI RONZA, P. **Manuale...** Op. cit., p. 31; BELLAVISTA, G.; TRANCHINA, G. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**. Settima Edizione. Milano: Giuffrè, 1982, p. 657-658.

³³ Síntese do conjunto de modificações ocorridas entre os anos de 1977 e 1986 pode ser consultada em: DI RONZA, P. **Manuale...** Op. cit., p. 16-17.

³⁴ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição...** Op. cit., p. 141-142 e 144.

³⁵ *Torregiani and Others v. Italy* – 43517/09, 46882/09, 55400/09 et al. Judgement 8.1.2013. As diversas ordens de violações a direitos dos presos ocorrida na Itália são similares a de outros países europeus que foram julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, cf.: *Ananyev v. Russia (Application 20292/2004)*, j. 21.2.2001 e *Karbyshev v. Russia (Application 26.073/2009)* j. 13.3.2014.

³⁶ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión...** Op. cit., p. 9-180. De forma sintetizada, cf.: GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33-43.

autonomia e sistematização do direito de execução penal a partir da *Ordenanza General de Presídios del Reino* (1834), do Código Penal (1848) e de sua posterior reforma pelo RD, de 30.6.1850³⁷.

Nesse período, a pena privativa de liberdade passa a ser utilizada como principal mecanismo de sanção penal e – ainda que se não possa identificar um quadro de extensas garantias executivas aos condenados – algumas benesses legais são introduzidas, como a adoção do sistema progressivo de cumprimento da pena pelo bom comportamento carcerário³⁸.

Com a *Ley de Bases para la Reforma Penitenciaria* (1869), são instituídos alguns direitos aos condenados presos, a exemplo do sistema de classificação segundo o sexo, a idade e a gravidade do crime.

Posteriormente, através da *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial* (1870), institui-se formalmente a concepção de que o juiz deve participar ativamente da execução penal, dispondo-se na regra do Art. 2º que “o poder de aplicar as leis nos juízos civis e criminais, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde exclusivamente aos Juízes e Tribunais” (tradução livre)³⁹.

Nesse mesmo ano, uma nova codificação penal substitui o CP/1848, abrandando sensivelmente o rigorismo punitivo. Especificamente no âmbito da execução penal, cumpre destacar a regra do Art. 29, que de forma inovadora estendeu a retroatividade da lei penal mais benéfica aos casos de sentença em fase de execução penal.

No caminho progressivo de reconhecimento de direitos aos encarcerados, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882) estabelece garantias aos presos cautelares (Art. 520), contemplando ainda a visitação semanal dos juízes às prisões, com a finalidade de averiguar “todo o concernente à situação dos presos ou detidos, e adotarão as medidas

³⁷ Apontam-se como importantes antecedentes legislativos da reforma penitenciária decorrente da Lei de 1834 as *Ordenanzas de Presidios Arsenales* (1804), o *Reglamento para el Presidio de Cádiz* (1805) e o *Reglamento de 1807*. Sobre o tema, cf.: ANTON ONECA, J. El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, 1965, p. 476-477; GARCIA VALDES, C. Derecho Penitenciario Militar: una Aproximación Histórica. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 39, fasc. 3, 1986, p. 791-794; ANTON ONECA, J. História del Código Penal de 1822. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 18, fasc. 2, 1965, p. 263-278; CUELLO CALÓN, E. Sobre el Derecho Penal de la Postguerra. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 7, fasc. 2, 1954, p. 238-239.

³⁸ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión...** Op. cit., p. 63-79; ANTON ONECA, J. El Código Penal de 1870. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 23, fasc. 2, 1970, p. 241.

³⁹ “*la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales*”.

cabíveis dentro de suas atribuições para corrigir os abusos que notarem” (Art. 526, tradução livre)⁴⁰.

O início do séc. XX foi marcado pela forte profusão doutrinária e legislativa em matéria executiva. No campo dogmático, nasceu a *Revista Penitenciaria Española* e diversos congressos foram realizados para abordar a questão penitenciária (v.g. Valência, 1909; La Coruña, 1914 e Barcelona, 1920). O paradigma etiológico ganhou força, engendrando uma legislação executiva de forte tendência correccionalista⁴¹.

Em 1913, foi sancionado o *Reglamento de los Servicios de Prisiones*. No que diz respeito aos direitos dos presos, manteve-se o sistema progressivo (Art. 236) – posteriormente aperfeiçoado com a aprovação da *Ley sobre la Libertad Condicional* (1914) – e ocorreu a sistematização das recompensas ao bom comportamento carcerário (Arts. 252). No campo das sanções disciplinares⁴² – mantidas no plexo de atribuições da administração penitenciária (Art. 254) –, proíbe-se expressamente qualquer forma de maus tratos aos presos (Art. 259). A visitação judicial dos presídios para fins de fiscalização da legalidade no cumprimento das sentenças foi mantida (Arts. 182 e 183).

Em 1923, com o golpe de Estado, o sistema penal foi recrudescido com um novo *Código Penal* (1928)⁴³ que, dentre suas inovações com reflexos diretos na execução penal, introduziu a denominada sentença indeterminada para condenados habituais, multirreincidentes ou incorrigíveis (Art. 70, c.c. Arts. 104 e 157, do CP/1928). Em 1930, um novo *Reglamento de los Servicios de Prisiones* entrou em vigência, reforçando o viés etiológico com a criação das fichas dos presos (antropológicas, de antecedentes e de ingressos na prisão)⁴⁴.

⁴⁰ Trad. de: “todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.” Segundo Avelina Alonso de Escamilla, essa regra, na prática, apenas conferia ao juiz a função de inspeção do regime penitenciário e não o controle da execução da pena. Isso porque a regra do art. 990 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 deixava claro que as autoridades penitenciárias permaneciam responsáveis pela execução das penas privativas de liberdade. cf.: ALONSO DE ESCAMILLA, A. **El Juez de Vigilancia Penitenciaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 37.

⁴¹ RIVERA BEIRAS, I. **La cuestión...** Op. cit., p. 117.

⁴² *Ibid.*, p. 111-112. Ao apresentar algumas reflexões críticas ao *Reglamento* de 1913, aponta-se como uma das principais deficiências da legislação a indeterminação das faltas disciplinares – em frontal violação ao princípio da legalidade –, citando como exemplo a previsão de sanção disciplinar para a violação de “atos contrários aos bons costumes”.

⁴³ A tarefa de elaboração do CP/1928 coube a Eugenio Cuello Calón, após Luis Jiménez de Asúa não ter aceitado a incumbência. O projeto elaborado inicialmente com 1.074 artigos, foi reduzido para 858 artigos e aprovado através do RD de 8.9.1928, tendo entrado em vigência em 1.1.1929, substituindo a codificação anterior de 1870.

⁴⁴ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión...** Op. cit., p. 123-124.

Em 1931, o regime ditatorial sucumbiu, sendo proclamada a II República. O governo provisório declarou anulado e sem efeito o CP/1928, bem como todas as leis que tipificaram crimes e fixaram penas, restabelecendo-se o CP/1870. No mesmo ano foi aprovado um novo texto constitucional e em 1932 entrou em vigência um novo Código Penal, que suprimiu a pena de morte, reduziu as circunstâncias agravantes e, em linhas gerais, suavizou as penas⁴⁵.

Os maiores avanços da época, em matéria penitenciária, ocorreram com a nomeação de Victoria Kent Siano para o cargo de *Directora General de Prisiones*. Em que pese o pouco tempo à frente do cargo – apenas 14 meses –, pode-se dizer que o período *Kentiano* foi de autêntica reforma penitenciária, reconhecimento de direitos aos presos e redução do contingente carcerário⁴⁶. Dentre as medidas implementadas em favor da humanização da vida no cárcere, destacam-se: **a)** o aumento da porção diária de alimento aos presos; **b)** a supressão das celas escuras de castigo; **c)** a extinção da obrigatoriedade da assistência religiosa e a declaração da liberdade de consciência e crença dos presos; **d)** autorização da entrada de qualquer periódico nos presídios, vedando a censura dos diretores penitenciários; **e)** a determinação da imediata colocação em liberdade dos presos quando completassem setenta anos de idade⁴⁷.

As medidas reformistas, porém, sofreram forte resistência por setores conservadores da sociedade, que se utilizaram da retórica do crescente aumento da fuga de presos para deslegitimar a política reformista Kentiana. Com a demissão de Victoria Kent, Vicente Sol assumiu o comando das instituições penitenciárias e inaugurou um período contrarreformista, substituindo a ideologia correcionalista pela lógica segregacionista-retributivista, como se evidencia da *Circular de la Dirección General de las Prisiones*, de 19.6.1932: “o problema das prisões evoluiu hoje em sua essência, e mais que a obra científica de correção e reforma do homem delinquente, constitui atualmente seu fim primordial a função de segurança e isolamento do homem perigoso” (tradução livre)⁴⁸.

⁴⁵ Ibid., p. 127-128.

⁴⁶ Os dados a respeito da redução da massa carcerária no período podem ser consultados em: GARGALLO VAAMONDE, L. La Excarcelación de Presos con Victoria Kent. In: NAVAJAS ZUBELDÍA, C.; ITURRIAGA BARCO, D. (Coord.). **Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo**. Logroño: Universidad de La Rioja, 2012, p. 171-186.

⁴⁷ GARGALLO VAAMONDE, L. Prisión y Cultura Punitiva en la Segunda República (1931-1936). **Historia Contemporánea**. v. 44, 2012, p. 310-322. Breve resumo das medidas adotadas por Victoria Kent também pode ser consultado em: RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión...** Op. cit., p. 129-132.

⁴⁸ Trad. de: “*el problema de las Prisiones ha evolucionado hoy en su esencia, y más que la obra científica de la corrección y reforma del hombre delinciente, constituye al día su fin primordial la función de seguridad y aislamiento del hombre peligroso*”.

No mesmo contexto, e com forte viés etiológico, foi aprovada a *Ley de Vagos e Maleantes* (4.8.1933), um conjunto de regras que permitia ao Estado a aplicação de medidas de segurança (art. 4º e ss.) àqueles que fossem declarados em estado perigoso, como vagabundos habituais, mendigos, proxenetas, ébrios, toxicômanos etc. (Art. 2º). Essa lei contém diversos *standards* provenientes do positivismo criminológico, como a determinação de imposição de medidas segregacionistas “a los que observen conducta reveladora de inclinación al delito” (Art. 8º) e a necessidade de que o juiz “después de consignar los hechos probados, definirá la categoría peligrosa del sujeto” (Art. 14)⁴⁹.

Opera-se assim um desmanche nas políticas executacionais penais humanitárias, ainda que o legado de Victoria Kent não tenha desaparecido por completo⁵⁰.

O período subsequente é marcado por uma guerra civil (1936-1939), que dentre seus efeitos implicou na militarização do sistema penitenciário e em um exponencial aumento da população carcerária, minimizado por dois decretos de 1937 e 1938 que, respectivamente, concederam o direito de trabalho aos presos e previram a remição da pena pelo trabalho⁵¹.

Com o fim da guerra civil, as adversas condições políticas, sociais e econômicas polarizam a sociedade, possibilitando emergir a ditadura franquista (1940-1975), que como todo regime de exceção, restringiu direitos individuais. A situação econômica extremamente deficitária reflete diretamente na redução da qualidade de vida no cárcere⁵². Uma nova codificação penal (1944) restabelece a pena de morte, mantendo postulados eminentemente retributivos.

No campo penitenciário, entra em vigência um novo *Reglamento de los Servicios de Prisiones* (1948)⁵³, substituído pouco tempo depois pelo *Reglamento* de 1956 que, formalmente, incorporou algumas diretivas estabelecidas nas Regras Mínimas de Tratamento dos Presos de Genebra⁵⁴.

⁴⁹ Posteriormente, com a *Ley de 15 de Julio de 1954*, do regime franquista, alterou-se a *Ley de Vagos e Maleantes* para o fim de incluir no rol de sujeitos perigosos os homossexuais. A exposição dos motivos que justificaram a alteração legislativa são os seguintes: “a produção de fatos que ofendem a sã moral de nosso país, pela ofensa que causam ao tradicional acervo de bons costumes [...] justificam a adoção de medidas para evitar sua difusão. [...] Também aspira a mesma lei a proteger a paz social e a tranquilidade pública contra as atividades, não constitutivas de delito ou cuja delinquência consta, porém não pode ser imediatamente provada, de sujeitos que [...] constituem um sério perigo para uma ordenada vida em coletividade”.

⁵⁰ GARGALLO VAAMONDE, L. Prisión... Op. cit., p. 320-322.

⁵¹ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión*... Op. cit., p. 137-143.

⁵² *Ibid.*, p. 146-148.

⁵³ O *Reglamento* de 1948, em que pese gestado em um período ditatorial, pautava-se muito mais pelas concepções correcionalistas do que pela lógica de neutralização, como se extrai de sua parte preambular.

⁵⁴ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión*... Op. cit., p. 152.

Ainda na ditadura franquista, diversas reformas ao CP/1944 foram efetivadas no sentido do endurecimento do sistema penal, com a inclusão de crimes e aumento de penas. A lógica da defesa social é reforçada com a Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que em sua exposição de motivos expressa o objetivo de “defender a sociedade contra determinadas condutas individuais que, sem ser, em geral, estritamente delitivas, envolvem um risco para a comunidade” (tradução livre).⁵⁵

Essa fase de limitação dos direitos individuais começou a perder fôlego com o paulatino crescimento da oposição política e a conseqüente abertura do regime ditatorial, a partir de meados dos anos 1960. Em sede de execução penal, o período foi marcado pelo ressurgimento de um repaginado caráter científico da legislação, voltado à recuperação do condenado. Reformas legislativas foram efetivadas no sentido de reformulação das regras sobre o trabalho penitenciário e inclusão do tratamento criminológico para efeitos de progressão ou regressão de regime. A escassez de recursos destinados ao novo projeto execucional, porém, limita sobremaneira sua efetividade⁵⁶.

Com a morte de Francisco Franco (1975), o regime ditatorial sobreviveu por curto período, até a reforma política (1977), que dentre outros efeitos implicou na dissolução das Cortes Franquistas e na anistia aos presos políticos.

Houve, de imediato, uma sensível redução do contingente carcerário, decorrente da enorme quantidade de presos políticos beneficiados com a anistia, o que impulsionou os presos não políticos a exercerem forte pressão, objetivando a extensão dos benefícios da *Ley de Amnistía Política*. A pressão exercida fez com que uma comissão paramentar seja constituída, com a missão de investigar as condições das prisões espanholas. Em poucos meses, o resultado dos trabalhos da comissão evidenciou as condições desumanas experimentadas pelos presos, o que conduziu à proposição de uma *Ley de Indulto*, cujo projeto, em linhas gerais, tinha por finalidade beneficiar os presos não políticos com extinção, redução ou comutação de penas. Contudo, a proposta legislativa foi votada e, em mais de uma oportunidade, rechaçada pelo Senado, o que gerou uma revolta generalizada dos presos, com motins, tortura e morte de reclusos, inclusive o assassinato

⁵⁵ Trad. de: “defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales que, sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad”. Essa lei nada mais é do que uma “atualização” da *Ley de Vagos y Maleantes*. Seus objetivos explícitos se vinculavam a “reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social”, tendo ainda estabelecido novas categorias de estados de perigosidade que se apresentam “como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas”, como o exercício habitual da prostituição e o comércio de material pornográfico. Sobre o período, cf.: RIVERA BEIRAS, I. **La cuestión...** Op. cit., p. 152-156.

⁵⁶ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión...** Op. cit., p. 156-158.

do Diretor Geral das Instituições Penitenciárias, Jesús Haddad Blanco, assumindo o cargo Carlos García Valdés⁵⁷.

Face à grave situação de conflitividade no âmbito das instituições penitenciárias, coube a Carlos García Valdés a função de promover uma profunda reforma no sistema de execução penal, tarefa iniciada com um amplo debate com setores da sociedade civil – que incluiu visitas aos presídios para ouvir as reivindicações dos presos e dos funcionários da administração penitenciária –, para a posterior elaboração de um *Anteproyecto de Ley General Penitenciaria*⁵⁸.

Após elaboração e discussão parlamentar, o *Anteproyecto* foi aprovado, convertendo-se na *Ley Orgánica 1/1979* ou *Ley General Penitenciaria*. A adoção expressa do princípio da legalidade implica no reconhecimento de que o preso é titular de direitos oponíveis ao Estado, positivando-se um estatuto jurídico ao recluso (Arts. 2º, 3º e 6º) e a jurisdicionalização da execução penal, com a figura do *juez de vigilancia* (Arts. 76 a 78), criado para concretizar o imperativo do Art. 117.3 da Constituição Espanhola de 1978, que funciona e garante a legalidade da execução penal.

3 PORTUGAL

Em Portugal, ainda que o debate mais aprofundado a respeito dos direitos dos condenados remonte ao fim do séc. XVIII e início do XIX⁵⁹, uma breve notícia histórica a respeito das Ordenações é oportuna, pois “durante largo tempo, em conjunto com a numerosa legislação extravagante, ficaram constituindo o Código Criminal da Nação”⁶⁰.

O Título 5º das Ordenações – de todas elas – disciplinava as questões criminais e, sob um prisma exclusivamente formal, pode-se afirmar que as disposições de natureza penal, além de pouca sistematicidade, eram marcadas por um caráter fortemente repressivista⁶¹.

Pesquisas historiográficas sugerem, porém, que uma análise das Ordenações apenas segundo o plano do ser não permite compreender a realidade das práticas punitivas desenvolvidas no período monárquico, ao menos até a primeira metade do séc. XVIII.

⁵⁷ Ibid., p. 161-166.

⁵⁸ Ibid., p. 167-169.

⁵⁹ CORREIA, E. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LIII, 1977, p. 123-124.

⁶⁰ Id. **Direito Criminal**. Reimp. da 1. ed. de 1963. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, p. 103.

⁶¹ CORREIA, E. **Direito...** *Op. cit.*, p. 103-104.

Com efeito, em um período pré-estatalista – onde não há um centro unitário de poder, inexistente clara hierarquia de fontes e o direito legislado pode dar espaço ao costume e às práticas locais –, resumir o cenário penal ao aspecto formal implicaria ignorar por completo a pluralidade de fontes e práticas experimentadas no período imediatamente posterior à baixa Idade Média.

Nesse contexto, Antonio Manuel Hespanha apresenta duas condicionantes à aplicação das penas para demonstrar que, em linhas gerais, o sistema penal da monarquia portuguesa era menos rigoroso do que as previsões abstratas das Ordenações:

Condicionamentos de dois tipos. De natureza política, isto é, relacionados com o modo como a política penal da coroa se integrava numa política mais global de disciplina régia; ou de natureza prática, relacionada com as limitações dos meios institucionais, logísticos e humanos na disponibilidade da coroa.⁶²

No que diz com as condicionantes práticas, assevera Hespanha que diversas penas corporais, a exemplo do degredo e da prisão, dado os custos elevados e as carências materiais para sua execução e fiscalização, eram raras. E ao analisar fontes documentais – como a relação dos presos da cadeia de Lisboa (1694-1696), dentre outras –, conclui que as penas de morte, os açoites e o corte de membros eram pouco aplicados⁶³.

A segunda condicionante, de ordem política, explica a discrepância havida entre o direito legislado e as práticas punitivas: “a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade ‘sem Estado’ dos séculos XVI e XVII, a de efetivar, por si mesmos, uma disciplina social”.⁶⁴

Mais do que efetividade nas sanções, o direito penal praticado pela justiça real no Antigo Regime cumpriu com uma dupla função simbólica, de intimidação por um lado e benevolência por outro. Isso explica o rigor da lei e a larga discricionariedade para exercer o poder de comutação, graça e perdão de penas; em outros termos, de correção casuística da lei (*ius*) pela equidade (*aequitas*)⁶⁵.

Esse quadro sofreu modificações nos finais do séc. XVII e início do séc. XVIII, quando a coroa pretendia se afirmar como centro único de poder, cambiando a missão do direito penal, que de simbólico passou a desempenhar um papel normativo prático e

⁶² HESPANHA, A. M. Da ‘Iustitia’ à ‘Disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: _____. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: FCG, 1993, p. 298.

⁶³ *Ibid.*, p. 298-310. No mesmo sentido, em relação à pena de morte: BARREIROS, J. A. As instituições... *Op. cit.*, p. 606.

⁶⁴ HESPANHA, A. M. Da ‘Iustitia’... *Op. cit.*, p. 297.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 310-320.

disciplinador. Como consequência desse cenário político ocorreu o aumento na frequência da aplicação da pena de morte e uma ampliação do espaço punitivo do direito régio⁶⁶.

Porém, as influências dos ideais iluministas ganharam força e, no reinado de D. Maria I, Pascoal José de Mello Freire foi convocado a elaborar um Código de Direito Criminal, que embora não tenha se transformado em lei – tendo sido publicado anos após a morte de seu mentor, em 1823, sob o título “Ensaio do Código Criminal” –, serviu de influência para a produção legislativa posterior. No documento, o ideal de humanização do sistema de justiça criminal fica evidente:

*Creio que todos facilmente convirão comigo na abolição das penas cruéis, e taes são as de morrer queimado vivo, enterrado, entaipado, despedaçado, e outras que por horror não quero nomear: o mesmo juízo faço da pena de cortamento das mãos, pés, olhos, lingua, e outras.
A crueldade da morte por exquisitos e vagarosos tormentos offende a humanidade, e a religião, e de nada serve á sociedade [...]*⁶⁷

Se os ideais Iluministas não penetraram no sistema de direito positivo português através da obra de Mello Freire, isso ocorreu com a Constituição de 1822, que dentre seus reflexos no ordenamento criminal, estabeleceu na regra do Art. 11 a vedação das penas cruéis e infamantes e, na questão penitenciária, estabeleceu regras gerais de higiene e segurança nas prisões (Arts. 208 e 209)⁶⁸.

A exigência de compatibilizar o sistema punitivo com a nova ordem constitucional foi buscada pela primeira vez com o Projeto José Manuel da Veiga (1837), que, apesar de aprovado, não entrou em vigência por questões políticas. Em 1845, um novo esforço foi engendrado, com a nomeação de comissão para redigir um Código Criminal, tarefa esta finalizada em 1852. No mesmo ano o texto foi aprovado e o primeiro Código Criminal de Portugal entrou em vigência, substituindo definitivamente as previsões penais das Ordenações⁶⁹.

⁶⁶ Ibid., p. 321-327.

⁶⁷ MELLO FREIRE, P. J. de. **Ensaio do Código Criminal**. Lisboa: M. Setaro, 1823, p. 8. Os méritos do trabalho são realçados por Eduardo Correia: “[...] já continha uma parte especial e uma parte geral, é redigido primorosamente e possui uma sistemática razoável dos diversos crimes. Substancialmente imbuído dos princípios iluministas, revela uma tendência forte – embora aqui e além concedendo à tradição – para se integrar no pensamento daquele movimento” (CORREIA, E. **Direito...** Op. cit., p. 105). Cf. ainda: HESPANHA, A. M. Da “Iustitia”... Op. cit., p. 329-336.

⁶⁸ BARREIROS, J. A. As instituições... Op. cit., p. 589; GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel...** Op. cit., p. 48-49.

⁶⁹ CORREIA, E. **Direito...** Op. cit., p. 105-106.

Nesse momento, as diversas ordens de penas corporais foram substituídas pela pena de prisão – com um sistema de penas fixas –, que passou a ser a principal forma de sanção penal existente no ordenamento português⁷⁰ ainda que, curiosamente, questões relativas a direitos dos presos fossem debatidas com seriedade desde 1834, com as “Breves Considerações sobre a Necessidade e Meios de Melhorar as Prisões em Portugal”, de Francisco D’Almeida⁷¹.

A completa falta de sistematicidade do Código fez com que, no ano subsequente à sua aprovação, uma comissão fosse nomeada para aperfeiçoá-lo⁷². Sustentando a necessidade de uma reforma global, Levy Maria Jordão apresentou um texto completamente inovador, com substanciais modificações no sistema penitenciário (v.g. criação de estabelecimentos para menores e instituição da liberdade condicional).

Ainda que o esforço não tenha sido convertido em lei, diversos aspectos referentes à pena e à execução penal serviram de base a modificações legislativas posteriores, como por exemplo: **a)** Lei de 1 de Julho de 1867, que modificou sensivelmente o sistema de penas e execução penal do Código de 1852⁷³; **b)** Lei de 6 de Julho de 1893, instituindo a liberdade condicional e a suspensão da pena; **c)** Decreto de 27 de Maio de 1911, sobre as colônias para menores infratores e; **d)** Lei de 29 de Janeiro de 1913, que substituiu o sistema de Filadélfia pelo de Auburn⁷⁴.

Nesse período também surgiram outras tentativas de reforma da legislação penal, como os Projetos de Rabelo da Silva (1869), José Luciano de Castro (1870) e Navarro de Paiva (1870-1874), tendo esse último por objetivo a criação do Código de Processo Criminal⁷⁵.

Em 1884, com a denominada *Nova Reforma Penal*, promoveu-se outro grande conjunto de alterações ao CP/1852. A Carta de Aprovação dessas alterações autorizava uma nova publicação do Código Penal, o que culminou com a nomeação de uma comissão para promover a sistematização e inserção das alterações no Código. O trabalho da comissão acabou por abrir espaço a um novo Código Penal, pela Lei de 16 de Setembro de 1886⁷⁶.

⁷⁰ GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel**... Op. cit., p. 49-50; CORREIA, E. *Evolução*... Op. cit., p. 126.

⁷¹ CORREIA, E. *Evolução*... Op. cit., p. 109; CORREIA, E. *A Evolução*... Op. cit., p. 81-82, 91 e 97; RODRIGUES, A. M. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

⁷² BARREIROS, J. A. *As instituições*... Op. cit., p. 593-594.

⁷³ RODRIGUES, A. M. **Novo**... Op. cit., p. 12-13; CORREIA, E. *Evolução*... Op. cit., p. 129-130; CORREIA, E. **Direito**... Op. cit., p. 110-111.

⁷⁴ RODRIGUES, A. M. **Novo**... Op. cit., p. 12-13; BARREIROS, J. A. *As instituições*... Op. cit., p. 602.

⁷⁵ BARREIROS, J. A. *As instituições*... Op. cit., p. 594-595.

⁷⁶ CORREIA, E. **Direito**... Op. cit., p. 111-112.

Mas, segundo Eduardo Correia, “o trabalho daquela comissão não foi de modo algum feliz”.⁷⁷ A inexistência de preocupação em atualizar o sistema penal em face das diversas leis esparsas existentes fez com que o CP/1886 surgisse desatualizado, razão por que sofreu um sem número de alterações até a grande reforma na parte geral, em 1954⁷⁸.

Nesse ínterim, a execução penal também sofreu sensíveis alterações através de leis esparsas: **a)** conversão de penas curtas de prisão em multa (Decreto 13.343/1927, regulado pelos Decretos 13.822/1927 e 20.353/1931); **b)** consagrou-se, pela primeira vez, o sistema progressivo de execução da pena (Decreto 12.549/1927); **c)** o degredo foi comutado por pena de prisão maior (Decreto 20.887/1932) e, posteriormente, abolido (Lei Orgânica do Ultramar de 27.6.1953) e; **d)** foram fixados princípios de reabilitação dos presos (Decreto 34.540/1945).

No entanto, foi com a Organização Prisional (Decreto 26.643/1936), que ocorreu uma reforma geral das questões execucionais. Na exposição de motivos desse texto estão explícitas as preocupações com a questão carcerária, em discurso que infelizmente não perdeu a atualidade:

A necessidade da reforma dos serviços prisionais é indiscutível para quem conhecer a sua actual organização e os princípios a que deve subordinar-se o regime prisional. A regulamentação dos serviços está consignada em muitos diplomas, inspirados em princípios diversos e contraditórios até, o que torna impossível a existência de um plano sério de conjunto; e encontra-se bastante distanciada dos ensinamentos da ciência e prática penitenciária.

A imperfeição e insuficiência orgânicas correspondem a imperfeição e insuficiência das instalações. As condições de construção, instalação e localização dos edifícios são péssimas e os estabelecimentos insuficientes para o número 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, delinqüentes 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 deveria combater o crime, em factor que o multiplica e agrava.

O Decreto de Organização Prisional opera em diversos aspectos, desde a previsão de estabelecimentos distintos para maiores e menores (Arts. 8º e 11º), para mulheres e homens (Art. 10º), a separação de presos conforme a gravidade do crime (Arts. 12º e 13º), o direito

⁷⁷ Ibid., p. 112.

⁷⁸ Ibid., p. 112-120; CORREIA, E. Evolução... Op. cit., p. 133.

a uma hora diária de ar livre para exercícios (Art. 25º), a proibição de “*usar na execução das penas quaisquer processos de rigor deshumano*” (art. 29º, § único), o aperfeiçoamento do sistema progressivo (Arts. 21º, 33º, 41º e 57º)⁷⁹, a criação das prisões-maternidade a presas grávidas ou com filhos menores de três anos (Arts. 102º a 107º), regras sobre tratamento, vestuário, alimentação, visitas médicas, trabalho, assistência religiosa e instrução aos presos (Arts. 229º a 302º), permissões de saídas e visitas (Arts. 303º a 314º) e regras sobre liberdade condicional (Arts. 390º a 402º) e indultos (Arts. 403º a 407º).

Porém, a marca administrativista das questões executivas vinha evidenciada na figura do Tribunal de Execução das Penas, criado pela Lei 2.000/44 e regulamentado pelo DL 34.540/45. Esse órgão se diferenciava sobremaneira do *giudice di sorveglianza* italiano e do *juez de vigilancia* espanhol, dado que na sistemática portuguesa as questões inerentes aos direitos dos presos permaneciam atribuídas ao plexo de atribuições da administração penitenciária⁸⁰, mantendo-se apenas as decisões sobre os incidentes de execução na esfera de competência do órgão jurisdicional sentenciante (Art. 121, do CP e Arts. 625-626, do CPP)⁸¹.

Nas quatro décadas subsequentes, a “autêntica proliferação de modificações ao diploma de 1936, de carácter mais ou menos administrativo”⁸², somado ao intenso debate internacional no campo da execução das penas e medidas de segurança fez com que fosse aprovada a Reforma do Sistema Prisional (Decreto-Lei 265/79), reunindo tendências ressocializadoras e de defesa social⁸³.

Sobressai da Reforma a positivação da concepção de que o preso é sujeito e titular de direitos não afetados pela condenação: “o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória [...]” (art. 4.1).

Em que pese não se ter nesse momento um vero e próprio processo de execução penal – basta pensar, por exemplo, que as punições por faltas disciplinares cabiam exclusivamente à administração penitenciária (DL 265/79, Arts. 131 e 136.1) –, previa-se a possibilidade interposição de recursos ao Tribunal dos Direitos do Homem para salvaguardar

⁷⁹ Id. Evolução... Op. cit., p. 134-135.

⁸⁰ BELEZA DOS SANTOS, J. Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal: razões determinantes de sua criação – estrutura – resultados e sugestões. **Boletim de Faculdade de Direito** (Suplemento XV), v. I. Coimbra, 1964, p. 290-291.

⁸¹ Ibid., p. 292 e 297.

⁸² RODRIGUES, A. M. **Novo...** Op. cit., p. 14.

⁸³ GIACOIA, G; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel...** Op. cit., p. 54-55; RODRIGUES, A. M. **Novo...** Op. cit., p. 14-15.

os direitos protegidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, nas hipóteses em que esgotados todos os meios impugnativos previstos no direito interno (Art. 151).

O caminho efetivo no sentido da jurisdicionalização da execução ocorreu com a entrada em vigência do CPP/1987, quando foi fixada a competência da execução penal ao órgão jurisdicional da condenação (Art. 470.1). No mesmo ano, a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei 38/87) afetou aos Tribunais de Execução das Penas a decisão, dentre outros assuntos, sobre modificação ou substituição de penas ou medidas de segurança e concessão ou revogação de liberdade condicional (Art. 68), competência posteriormente prevista nas Leis de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Art. 91, da Lei 3/99 e Art. 124, da Lei 52/2008), no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei 115/09) e na Lei da Organização do Sistema Judiciário (Art. 114, da Lei 62/2013).

Na atualidade, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei 115/09), que revogou o DL 265/79, contempla, no ordenamento português, os princípios e regras norteadores da execução penal, prevendo um amplo catálogo de garantias individuais aos cidadãos condenados. A sistemática executiva está em consonância com o atual Código Penal (DL 48/95), que possui um amplo leque de medidas penais alternativas ao cárcere, bem como penas de prisão de curta duração.

REFERÊNCIAS

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. **El Juez de Vigilancia Penitenciaria**. Madrid: Civitas, 1985.
- ANTON ONECA, J. El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 18, Fasc. 3, p. 473-496, 1965.
- _____. El Código Penal de 1870. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 23, fasc. 2, p. 229-251, 1970.
- _____. História del Código Penal de 1822. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 18, fasc. 2, p. 263-278, 1965.
- BARREIROS, J. A. As instituições criminais em Portugal no Século XIX: subsídios para a sua história. **Análise Social**, Lisboa, v. 16, n. 63, p. 587-612, 1980.
- BELEZA DOS SANTOS, J. Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal: razões determinantes de sua criação – estrutura – resultados e sugestões. **Boletim de Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 1, Supl. 15, 1964.
- BELLAVISTA, G.; TRANCHINA, G. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**. Settima Edizione. Milano: Giuffrè, 1982.
- CATELANI, G. **Manuale Dell'Esecuzione Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980.
- CORREIA, E. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 53, 1977.
- _____. **Direito Criminal**. Reimp. da 1. ed. de 1963. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.
- CUELLO CALÓN, E. Sobre el Derecho Penal de la Postguerra. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 7, fasc. 2, p. 235-251, 1954.
- DI RONZA, P. **Manuale di Diritto Dell'Esecuzione Penale**. Padova: Cedam, 1989.
- FASSONE, E. **La Pena in Italia dall'800 alla Riforma Penitenziaria**. Bologna: Il Mulino, 1980.
- FODERARO, S. **Tutela Dell'ordine Pubblico e Ordinamento Penitenziario**: appendice alle "istituzioni di diritto e procedura penale. Padova: Cedam, 1976.
- GARCIA VALDES, C. Derecho Penitenciario Militar: una Aproximación Histórica. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 39, fasc. 3, p. 771-836, 1986.
- GARGALLO VAAMONDE, L. La Excarcelación de Presos con Victoria Kent. In: NAVAJAS ZUBELDÍA, C.; ITURRIAGA BARCO, D. (Coord.). **Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo**. Logroño: Universidad de La Rioja, 2012.
- _____. Prisión y Cultura Punitiva en la Segunda República (1931-1936). **Historia Contemporánea**, n. 44, p. 307-336, 2012.
- GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDI, R. **Ordinamento Penitenziario e Misure Alternative all Detenzione**. Milano: Giuffrè, 1977.
- GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel en España, Portugal y Brasil**: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.

- HESPANHA, A. M. Da “Iustitia” à “Disciplina”: Textos, Poder e Política Penal no Antigo Regime. In: _____. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: FCG, 1993.
- MARSICH, P. **L'esecuzione Penale**: saggio introduttivo. Padova: Casa Editrice Dott. A Milani, 1927.
- MELLO FREIRE, P. J. de. **Ensaio do Código Criminal**. Lisboa: M. Setaro, 1823.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2006.
- MIOTTO, A. B. O Direito Penitenciário: importância e necessidade de seu estudo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 7, n. 28, p. 31-46, jan./mar. 1971.
- PADOVANI, T. **L'Utopia Punitiva**. Milano: Giuffrè, 1981.
- RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- RODRIGUES, A. M. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- RUSCHE, G.; KIRSCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- SIRACUSA, F. **Istituzioni di Diritto Penitenziario**. Milano: U. Hoepli, 1935.
- TARTAGLIONE, G. Le Funzioni del Giudice di Sorveglianza. **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, n. spec., 1990.
- VASSALI, G. O Código Rocco. **Revista de Direito Penal**, n. 27, jan./jun. 1979.