

# O Direito

# Penitenciário

## Importância e Desenvolvimento da Penitenciária

O Direito Penitenciário é ainda nôvo.

Com efeito, há sòmente quarenta anos que, no X.º Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, realizado em Praga, em 1930, se reconheceu que havia, na execução da sanção penal, implicações de ordem jurídica, fora do alcance, pois, da Ciência Penitenciária; intimamente relacionadas com o Direito Penal, ditas implicações contudo dêle se diferenciavam, para, com as contribuições, também hauridas de outros ramos do Direito, constituir o próprio conteúdo e adquirir a própria fisionomia, sob o nome de **Direito Penitenciário**.

Por isso, é natural que êle ainda não esteja bem estruturado. É compreensível que ainda haja incertezas e vacilações a respeito até mesmo da natureza e dos limites do seu objeto.

---

(\*) Tese apresentada no IV.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Recife, de 2 a 8 de agôsto do corrente ano; foi aprovada integralmente e por unanimidade.

Viremos, porém, a medalha.

O Direito Penitenciário já não é tão nôvo.

Com efeito, já lá vão quarenta anos que foi reconhecida a sua existência, e há já trinta e sete anos que, no III.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo, em 1933, foi não só confirmado aquele reconhecimento da sua existência autônoma, como lhe foi formulado um conceito que abrange o enunciado do seu objeto. Isto é, "o Direito Penitenciário consiste num conjunto de normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado desde que a sentença condenatória legitima a execução, até que dita execução se finde, no mais amplo sentido da palavra".

Por isso, natural seria que já houvesse maior interesse a respeito desse ramo do Direito. Teria sido de esperar que durante esses anos — que, se ainda não são muitos, já não são poucos — fôsse maior o desenvolvimento dos estudos e dos conhecimentos necessários para correta configuração dos conceitos que lhe dizem respeito, o que é fundamental para a sua estruturação e elaboração doutrinária.

\* \* \*

Ora, quem se propõe dedicar-se a este nôvo ramo jurídico, depara logo com uma dúvida, quanto ao nome, à denominação dêle: é Direito Penitenciário? é Direito Penal Executivo? é Direito das Execuções Penais?

Essa dúvida não é destituída de importância.

Realmente se, por um lado, as expressões "Direito Penal Executivo" e "Direito das Execuções Penais" são tomadas como equivalentes, por outro lado, à expressão "Direito Penitenciário" se atribui conteúdo e extensão diversos.

Vejamos:

Deve-se ao penalista polonês Emil Stanislaw Rappaport a seguinte visão tripartida do Direito Penal:

- Direito Penal Substancial;
- Direito Penal Processual;
- Direito Penal Executivo.

E foi com base nessa sua tripartição, que êle mesmo elaborou, em 1930, um projeto de Código das Execuções Penais, que por motivos vários não chegou a ser promulgado.

Quando, em 1933, a Associação Internacional de Direito Penal realizou o seu III.º Congresso em Palermo, o penalista francês Joseph Magnol apresentou um esboço de Código das Execuções Penais que, inspirado no projeto Rappaport, pretendia, generosamente, servir de modelo ou de orientação aos representantes de tantos países presentes no Congresso, que entendessem dedicar-se à faina de elaborar tal diploma legal para os respectivos países.

É de notar que enquanto no Congresso se tratou de Direito Penitenciário, e se formulou o respectivo conceito recém aqui apresentado, a sugestão de codificação se referia a Direito Penal Executivo ou Direito das Execuções Penais.

Depois houve a segunda Grande Guerra, houve tudo que houve, com as suas conseqüências não só sobre o pensamento jurídico, mas sobre o próprio Direito.

Não obstante, porém, as distorções impostas pelas condições políticas e as injunções providas das condições bélicas, o desenvolvimento do Direito Penitenciário continuou se processando, e bem assim as tentativas ou experimentos legislativos correspondentes.

É claro que em tais condições o desenvolvimento não foi viçoso nem livre de deformações.

É claro também que sem a Guerra e suas interferências no campo jurídico-penal em sentido amplo, aquêles impulsos dados no Congresso de Praga de 1930 e no de Palermo de 1933, teriam tido bem outra repercussão na Europa e no mundo inteiro.

Todavia, não é desprezível o que apesar de tôdas as dificuldades certo número de estudiosos continuaram fazendo.

E eis que novamente a Polônia de Rappaport é pioneira, promulgando o seu Código da Execução Penal que entrou em vigor a 1.º de janeiro do corrente ano.

Falecido Rappaport, a 10 de agosto de 1965, seus discípulos continuaram a obra, salientando-se dentre êles Jerzy Sliwowski, professor de Direito Penal e Penitenciário na Universidade de Torun.

Promulgado que foi o Código, é êle, Jerzy Sliwowski, que nos informa que, dentro do Código da Execução Penal polonês, o Direito Penitenciário tem particular realce... E explica: "... il codice di esecuzione delle pene non tratta soltanto del diritto penitenziario, cioè non si limita a esporre le norme riguardanti l'esecuzione delle pene privative della libertà, ma regola l'esecuzione di tutte le pene e delle altre misure penali". (1)

Isto é, conforme êsse ponto de vista, o Direito Penitenciário se limita à execução das penas privativas da liberdade.

Da seqüência das explicações, entende-se que até mesmo os benefícios concernentes às penas privativas da liberdade, quais sejam, a suspensão condicional e o livramento condicional (êste hoje interpretado muito mais como estágio inserido na execução da pena privativa da liberdade, do que como benefício), escapam do Direito Penitenciário; em outros termos: o objeto do Direito Penitenciário se restringe à execução das penas privativas da liberdade, enquanto, somente, tal execução se opera dentro de estabelecimento penal — penitenciário. A execução de tôdas as demais penas previstas pelo Código Penal polonês —

(1) Jerzy Sliwowski, "Il nuovo Codice dell'Esecuzione Penale in Polonia", *Rassegna di Studi Penitenziari* (Roma, Ministero di Grazia e Giustizia, Marzo Aprile 1970). Págs. 202 e 203.

morte, penas pecuniárias, confisco, interdição de direitos, penas restritivas de liberdade (sem prisão), e bem assim as medidas de segurança, além daqueles benefícios, e, ainda, normas concernentes à prisão provisória — tudo isso escapa do Direito Penitenciário, mas, juntamente com êle e seu objeto, constitui o objeto do Direito da Execução Penal e seu Código.

Sem embargo do respeito que êsse ponto de vista merece, pois que nêle é a Polônia que assume posição — a Polônia, onde há tantos decênios o assunto vem ocupando a atenção de estudiosos que nêle se fazem especialistas — podem ser feitas algumas considerações ou, talvez mesmo, objeções.

Como vimos, no conceito de Direito Penitenciário formulado pelo Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Palermo, em 1933, cabia não só a execução das penas privativas da liberdade, enquanto, para o seu cumprimento, o condenado devesse estar recolhido a estabelecimento penal — a penitenciária — mas a execução no mais amplo sentido da palavra.

Por quê, então, a Polônia — e quem lhe segue inteiramente a orientação — reduziu os limites do Direito Penitenciário, colocando-o, com seu objeto, dentro do Direito da Execução Penal, ou Direito Penal Executivo?

Sem excluir a existência de outros motivos, parece que um houve que exerceu grande influência. Trata-se de um fenômeno de ordem semântica, pelo qual as palavras **penitência** e **penitenciária** vieram tendo seus respectivos sentidos modificados.

A palavra **penitência**, nos primórdios do Cristianismo, significava “**volta sobre si mesmo**”, com espírito de **compunção**, para reconhecer os próprios **pecados** (ou **delitos**), abominá-los, e propor-se a não tornar a incorrer nêles (i. é, a não reincidir). É a própria **pena** exercendo a função de **emenda**, eis que **pena** e **penitência** são palavras da mesma família, em cujo sentido se encontra também a idéia de “**aflição**, **dor**, **pesar**, **desgosto**, **arrependimento**” (Aliás, no pensamento católico, ainda hoje é êsse o sentido).

Entendiam os cristãos dos primeiros séculos, que, para isso, era preciso haver condições exteriores que propiciassem as adequadas disposições “**espirituais**”; era preciso ambiente adequado, pela sua austeridade, pela relativa privação das satisfações e consolações humanas.

Havia, já entre os primeiros cristãos, aquêles que, desejosos de se corrigir dos pecados e defeitos, mesmo os mais insignificantes, para alcançar a santidade, recolhiam-se espontaneamente em lugares, casas, que oferecessem tal adequado ambiente. Êsses lugares, essas casas, onde se recolhiam pessoas espontaneamente, para fazer, pois, penitência, eram denominados **penitenciais**.

Mas havia também outros lugares, outras casas, nos quais eram recolhidas, eram compelidas a se recolherem, para fazerem **penitência**, as pessoas assim condenadas por um Juiz ou um Tribunal eclesiástico. Êsses lugares, onde eram recolhidas as pessoas condenadas, para que fizessem a penitência (i. é, a reformulação interior que as dispusesse a não reincidir) eram os **penitenciários**.

Quando a Justiça laica, a Justiça dos Estados, adotou a prisão como forma de pena, fê-lo inspirada nos penitenciários da Igreja, daí por que adotou a denominação **penitenciário**, que em algumas línguas manteve a forma no masculino, assumindo em português a forma feminina **penitenciária**, para designar os edifícios — especialmente construídos, ou adaptados — destinados ao recolhimento de condenados àquela pena. No masculino ou no feminino, porém, a palavra deixou de ser adjetivo, para ser substantivo.

Entretanto, a palavra **penitenciário**, quer no masculino quer no feminino, ainda conserva função de adjetivo, para designar a qualidade de um substantivo que se refere ou se relaciona com a **penitência**, que, como vimos, é a própria pena exercendo a função de emenda.

Ora, a emenda é a função ética, específica, da pena (que, por natureza, é retributiva, punitiva, e repressiva); as demais funções: de intimidação, de defesa social, de reeducação, de reajustamento social — são utilitárias, acessórias à emenda (É de não esquecer que as funções da pena não se confundem com as finalidades: finalidade principal, ética — fazer justiça; finalidades acessórias, utilitárias — prevenção geral e prevenção particular ou individual).

Aqui também vale o brocardo que diz que “o acessório segue o principal”. Assim, tudo que se relaciona com a penitência — que é a própria pena na sua função específica, principal — e tudo que para ela concorre, é perfeitamente abrangido pelo adjetivo **penitenciário**.

O recolhimento coato a um estabelecimento penitenciário não é da essência da pena, mas é tão-somente um acidente, uma circunstância modal; é um acessório. É acidente, circunstância, acessório, como outros que têm surgido e permanecido, ou desaparecido, sem penetrar na substância da pena.

Assim, conforme o estilo da vida moderna, conforme a mentalidade e a “Weltanschauung”, outras situações vitais, que não somente a de recolhido a um estabelecimento, outras limitações têm sido adotadas como formas de pena. A substância da pena, suas funções e suas finalidades, permanecem as mesmas, quer a pena consista em recolhimento a estabelecimento próprio, quer consista em restrição no **ir e vir** ou no **agir**, pela submissão a normas de conduta impostas (como pena), quer consista em restrições de ordem econômica, diminuições patrimoniais. Isto é, pena e penitência continuam intimamente ligadas. Isto é, ainda, penitência não quer dizer somente pena em forma de recolhimento a um estabelecimento próprio para isso; penitência é a própria pena no seu dinamismo específico, que se opera na fase de execução.

Portanto, àquele conjunto de princípios jurídicos, e de doutrinas, àquele conjunto de normas jurídicas que se ocupam da pena na fase de execução, e de tudo que com dita execução se relaciona ou para ela concorre, cabe bem o nome de **Direito Penitenciário**. Só por um fenômeno que a Semântica explica, é que a palavra **penitenciário** (e sua forma feminina) ficaria reduzida a designar o estabelecimento de execução de pena privativa da liberdade, e essa mesma pena.

Perguntar-se-á: e as medidas de segurança — serão elas um acessório da pena, ou constituirão uma categoria à parte? Essa mesma pergunta pode ser feita, e já o tem sido, com referência à denominação do Direito Penal; no entanto, êsse ramo do Direito continua se chamando Direito Penal.

Perguntar-se-á, também: e a pena de morte — convirá a ela inclusive, à sua execução, a noção de pena-penitência?

A pergunta é cabível, sem dúvida. Acontece, porém, que a pena de morte, atualmente, tem caráter de exceção, como aliás o têm as medidas de segurança. Ora, as exceções não influem no enunciado da regra — isso parece que é pacificamente aceito.

— \* —

Não param, entretanto, aí as discordâncias quanto à denominação do novo ramo do Direito, e respectivo conteúdo.

Com efeito, há quem entenda que a denominação Direito Penal Executivo, ou Direito das Execuções Penais (ou da Execução Penal) e respectiva legislação, não é mais do que uma explicitação, um desdobramento das normas do Direito Processual Penal concernentes à execução das sanções penais, enquanto que a denominação Direito Penitenciário, contendo embora matéria haurida do Direito Penal e do Direito Processual Penal, cuidaria principalmente dos aspectos jurídicos-administrativos inerentes ou concernentes à execução da pena.

Todavia, Soler, reportando-se a Hippel, admite que o Direito Penal Executivo seja a "parte del Derecho administrativo, en el cual se estudian las formas de ejecución" (2).

Há também quem prefira, com exclusividade, a denominação Direito Penal Executivo ou uma das suas variantes, por motivo de ordem sentimental, por aversão à palavra penitência e seus derivados, a qual, para quem está nesse caso, tem significação não científica, lembra anacrônicos castigos cegos, é desumana...

Ora, admitindo-se que a penitência não é científica, porque tem conteúdo ético, pergunta-se: que é que há de mais humano, no âmbito do assunto **delito-delinquente-pena**, do que a consciente, a responsável "volta sôbre si mesmo", para, abominando o delito, dispor-se a não tornar a delinquir, mas, reformular a própria conduta, de sorte a se ajustar ou reajustar socialmente, isto é, no convívio das outras pessoas?

Além disso, hoje se fala tanto, e se insiste, inclusive a ONU, na necessidade de desenvolver nos condenados o seu senso de responsabilidade, e suscitá-lo se nem um mínimo dêle tiverem. E para que isso? Pois para que se sintam "donos", dos atos e ações, e dos fatos da sua conduta, e se disponham a, de sua parte, fazer o que fôr preciso para não reincidir em delito, mas ao contrário, ajustando-se ou se reajustando socialmente, levar vida honesta...

(2) Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino* (Buenos Aires, TEA, 1956). I, 21.

Em outras palavras, é o que se propõe a penitência. . .

Por que ter medo das palavras?

Há ainda quem repila o adjetivo **penitenciário**, com receio de que, pela sua relação com o substantivo penitência, ainda usado na linguagem religiosa, contribua para confundir o que é jurídico com o que é moral, com o que é religioso.

Mas então, a ser válido êsse argumento, dever-se-iam eliminar da linguagem do Direito Penal muitos vocábulos que vieram da linguagem da moral cristã, ou que com êles coincidem; dever-se-iam eliminar também aquêles institutos que, através dos séculos vieram se formando no campo do Direito Penal, por influxo da doutrina cristã, ou a exemplo das vivências dessa doutrina; dever-se-ia eliminar do Direito Penal tudo que, embora tenha contribuído para o progresso dêle e sua humanização, haja provindo da *influência cristã*. . . E então talvez se tivesse uma surpresa vendo a que ficaria reduzido o Direito Penal. . .

\* \* \*

Estamos, pois, nisto: apesar das incertezas, dúvidas e discordâncias quanto à denominação e quanto à extensão do seu conteúdo, o Direito Penitenciário existe.

Que essas incertezas, dúvidas e discordâncias desapareçam, é questão de mais tempo ou de menos tempo, conforme o interesse que houver quanto ao estudo da matéria, elaboração da respectiva doutrina, e estruturação dos princípios e da dita doutrina. É evidente que os Congressos nacionais e internacionais que a propósito se realizem ou que pelo menos incluam no seu temário assuntos dessa natureza, muito contribuirão para isso.

Através de tãda essa elaboração chegar-se-á também a decidir quanto à denominação dêsse ramo do Direito. Seja esta ou seja aquela a denominação que irá prevalecer, sempre se descobrirá que ela não abrange todo o objeto, ou que há alguma inadequação formal ou substancial com o que se propõe o seu objeto. . .

Isso não há de ser razão de estranheza nem de preocupação. Que se olhe para o exemplo do Direito Penal: a outra denominação, isto é, Direito **Criminal**, pareceu prevalecer durante certo tempo. E nós até tivemos o Código **Criminal** de 1830 (que, lembre-se de passagem, foi na sua época e para a sua época, também além das fronteiras do Brasil, um monumento de sabedoria jurídica e de linguagem legislativa). Depois, impôs-se a denominação **Direito Penal**. Entretanto, de acôrdo com a informação de Antolisei, ainda atualmente "*non mancano autori che propendono a riprendere la denominazione di diritto*

criminale (jus criminale), che è la più antica etc.” (3). Com efeito, Sauer é de opinião que “no es acertada la expresión de Derecho Penal — ... — Más acertada es la denominación más antigua: Derecho Criminal” (4). Basileu García começa as suas Instituições de Direito Penal com uma página explicativa a respeito da denominação, indicando um dos fundamentos invocados pelos que proferem “Direito Criminal”, e registrando que “a despeito desse plausível fundamento, é generalizada a preferência pela designação Direito Penal, não só no Brasil como em outros países” (5). Aníbal Bruno afirma: “Direito Criminal é expressão mais compreensiva. — ... — É provávelmente a lei do menor esforço, tão poderosa em lingüística, que vem influenciando para que se firme a predominância moderna da expressão **Direito Penal**” (6).

É interessante notar: os especialistas da matéria deixam perceber a sua fundada preferência pela denominação **Direito Criminal**; no entanto, o uso arasta a dizer **Direito Penal**...

O mesmo Aníbal Bruno, depois de passar em revista as denominações, em diversas línguas, e registrar que, para Exner, “o Direito Penal é apenas uma parcela do Direito Criminal” (1), arremata: “Direito Penal é hoje a dominante e dificilmente será substituída. Não há inconveniente em empregá-la, desde que a entendamos no sentido amplo do Direito Penal moderno” (7).

Quer dizer: o nome, pela sua própria significação, correspondente à da coisa nomeada, deve identificá-la; entretanto, não se encontrando um nome com tal característica, toma-se outro, de significação aproximada, refletindo-se sobre ele a significação da coisa nomeada.

Pode-se antecipar que, análogamente, a denominação que vier a prevalecer — **Direito Penal Executivo** ou uma das suas variantes, ou **Direito Penitenciário** — acabará, por reflexo ou projeção da significação da matéria denominada, correspondendo adequadamente ao seu conteúdo e extensão.

## II

Feita, desse modo, a apresentação do **Direito Penitenciário**, passemos à segunda parte do enunciado do tema deste relatório, que cogita da importância e necessidade do estudo do referido **Direito Penitenciário**.

Começemos por fazer um ligeiro retrospecto histórico.

(3) Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale* (Milano, Giuffrè, 1952). I, 1.

(4) Guillermo Sauer, *Derecho Penal* (Parte General). Trad. p. Juan del Rosal y José Cerezo (Barcelona, Bosch, 1956). Pág. 7.

(5) Basileu García, *Instituições de Direito Penal* (São Paulo, Max Limonad, 1956). Vol. I, tomo I, pág. 7.

(6) Aníbal Bruno, *Direito Penal* (2.ª ed., Rio, Forense, 1959). I, 12 (nota).

(7) Idem, *ibidem*. Págs. 7 e 8.

Uma vez adotada a prisão como pena, começou a se fazer sentir a necessidade de edificações convenientes. Essa necessidade foi atraindo a atenção e despertando o interesse daqueles a quem incumbia ocupar-se das prisões.

No comêço do século XIX, encontramos a preocupação com as edificações das prisões, com a arquitetura penitenciária, transferida para os arquitetos. Como o centro da preocupação era impedir que os presos fugissem, deviam êles, no planejamento e na construção dos edifícios, ter a atenção voltada de modo fundamental para as precauções contra a fuga. Por isso as prisões eram fortalezas. Não obstante, ocorriam fugas. Então, o engenho e arte dos arquitetos deviam aplicar-se a escogitar precauções mais perfeitas... Como continuasse a haver fugas, êles continuavam a aperfeiçoar as precauções arquitetônicas, até alcançar tal exagêro de pormenores que, lendo-se autores do século passado, tais como o Marquês de la Rochefoucauld-Liancourt (8), Charles Lucas (9), Gustave de Beaumont e Alexis de Tocqueville (10), tem-se a impressão de que não eram as prisões que deviam existir para os condenados ali cumprirem as respectivas penas privativas da liberdade, mas, ao invés, eram os presos que deviam existir para comprovar a eficiência das precauções arquitetônicas contra a fuga...

*Entendia-se que, assim, o delinqüente era adequadamente punido, e seu ânimo suficientemente quebrantado para não tornar a delinqüir.*

Nessa época, não se via no condenado um homem-pessoa, nem sequer se via nêle um homem-indivíduo, mas tão-sòmente **objeto** da prisão. E assim era tratado.

Foi num panorama com tais linhas mestras que se esboçou, desenvolveu-se e se formou a **Ciência das Prisões**.

O que alguns estudiosos de vigorosa inteligênciã foram escrevendo — artigos, opúsculos, obras de maior fôlego — foi sendo lido com interesse; a par disso, foram-se realizando Congressos, que primeiro foram nacionais, em países diversos, e, a partir do de Londres, em 1872, também internacionais.

O resultado dêsse proficuo labor foi a mudança de visão da figura do condenado, que deixou de ser mero objeto da prisão para ser visto e tratado como homem-indivíduo, **sujeito passivo, paciente da pena e respectivas funções**. A preocupação já não se reduzia a evitar a fuga, a aniquilar o condenado para que não tornasse a delinqüir, mas aqui também houve mudança, pois que se passou a entender que o condenado, através da execução da pena, havia de **ser recuperado, havia de ser ressocializado**.

(8) Marquis de la Rochefoucauld-Liancourt, *Histoire des Tortures au XIX Siècle* (Paris, Typ. de Morris & Cie., 1859). Págs. 19 e segs.

(9) Charles Lucas, *De la Réforme des Prisons* (Paris, Ed. Legrand et J. Bergougnieux, 1836). I, *passim*.

(10) Gustave de Beaumont et Alexis de Tocqueville, *Système Penitentiaire aux États Unis, et de son application en France* (Bruxelles, Soc. Belge de Librairie etc., 1837). I, págs. 137 e segs.

Essa evolução foi contemporânea do florescimento do cientificismo; parece indubitável que os mesmos fatores que contribuíram para o desenvolvimento das ciências naturalísticas, das ciências causal-explicativas, e para o prestígio delas, a ponto de serem consideradas capazes de resolver todos os problemas humanos, todos os anseios humanos, contribuíram também para essa evolução.

E foi nesse contexto que a evolução da Ciência das Prisões reclamou outro nome. E esse outro nome foi Ciência Penitenciária.

A Ciência Penitenciária foi mais uma das ciências naturalísticas que se afirmaram no fim do século passado, ocupando-se ela do prêso condenado, como **sujeito passivo**, como **paciente** de recuperação social, através da execução da pena, conforme a nova imagem que não cabia nas cogitações da Ciência das Prisões.

Com o advento da Antropologia Criminal de Lombroso, da Criminologia de Garofalo e da Sociologia Criminal de Ferri, especialistas de ciências diversas passaram a se interessar pelo problema da recuperação social do delinqüente (entendendo-se delinqüente **condenado**, **prêso**). Assim procediam, é claro, porque estavam convencidos de serem eles os especialistas indicados. E assim foram aceitos até mesmo pelos juristas, pelos penalistas, esquecidos de que o delito não é meramente um fenômeno naturalístico, e a pena — ainda que em sentido amplo de sanção penal — não é nem equivale a simples terapia eliminadora das causas do delito; quer o delito quer a pena são meras realidades, mas são realidades jurídico-penalmente relevantes.

Da sentença em que, por ter sido o acusado reconhecido autor do delito — i é, do fato típico, antijurídico e culpável —, é aplicada a pena, nasce, ao passar ela em julgado, o status de condenado. O status não é mero “estado” naturalístico, resultante de uma sucessão de causas e efeitos, como seriam, por exemplo, o estado de doença, o estado de depauperamento físico, o estado de neurose etc. O status “é uma situação reconhecida pelo direito objetivo do qual decorrem direitos e deveres” (11).

Em outros termos, o condenado — seja condenado a pena privativa da liberdade, ou seja-o a outra forma ou espécie de pena, ou a outra espécie de sanção penal — não é somente homem-indivíduo, mas é homem-pessoa, sujeito de direitos e de deveres. Dêses direitos e deveres, alguns são próprios de qualquer pessoa, e permanecem apesar da condenação; outros nascem justamente da condenação e, configurando a situação reconhecida pelo direito objetivo, constituem o status de condenado, em que se encontra uma complexa re-

(11) Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à Teoria do Direito* (Rio, Freitas Bastos, 1962). pág. 188.

lação jurídica, um conjunto de relações jurídicas, entre dito condenado e o Estado, titular que é do direito de punir.

É óbvio que tal *status* não é, não pode ser objeto de ciência naturalística, mas de ciência normativa jurídica.

Essa ciência normativa jurídica é o **Direito Penitenciário**.

A execução da pena não é simplesmente uma questão de causas e efeitos, que especialistas nestas ou naquelas ciências naturalísticas são capazes de modificar, de eliminar, de estimular, a fim de o condenado “ser reeducado”, “ser socialmente recuperado” — sempre sujeito passivo, sempre paciente...

A execução da pena é, para o condenado, **cumprimento da pena**. O condenado, exercendo os direitos e cumprindo os deveres inseridos no seu *status*, há de ser **sujeito ativo**, agente da própria emenda e do próprio ajustamento ou reajustamento social. O condenado é, deve ser sujeito ativo, agente da própria emenda, pois que ou alguém, consciente, voluntária e responsávelmente, se emenda, ou não há emenda — ninguém pode “ser emendado”. Quanto ao ajustamento ou reajustamento social: embora também haja e deva haver certa participação de atividade exterior (de outras pessoas), ela não é tal que o condenado fique sendo apenas paciente; é imprescindível que ele seja pelo menos parcialmente agente. Só assim a pena será deveras eficiente, e alcançará as suas finalidades. O mesmo vale para as medidas de segurança na proporção em que as condições biopsicológicas do condenado lhe permitam ser agente.

A Ciência das Prisões desapareceu para dar lugar à Ciência Penitenciária. Mas a Ciência Penitenciária não desapareceu para dar lugar ao Direito Penitenciário; ela subsiste e deve subsistir, porém nos limites do que lhe compete, como coadjuvante do Direito Penitenciário; outras ciências humanas naturalísticas — especulativas ou de aplicação — também podem oferecer, hão de oferecer, seus préstimos ao Direito Penitenciário, não esquecendo, aquela como essas, que o papel principal é, deve ser, dêle. Não pode ser diferente porque, como vimos no início deste relatório, é o Direito Penitenciário que regula as relações jurídicas entre o Estado e o condenado; é ele que diz o que pode e o que não pode ser feito, o que deve e o que não deve ser feito; é ele que tem os meios para resolver possíveis conflitos entre os direitos e deveres que compõem essas relações jurídicas.

Dito isso, é facilmente compreensível que a execução da pena não pode ser simplesmente entregue à Administração Penitenciária, que, com seus funcionários técnicos e técnicos científicos, vá “reeducar”, “recuperar socialmente” o delinqüente condenado.

É facilmente compreensível também que, paralelamente ao reconhecimento da existência do Direito Penitenciário, e ao desenvolvimento dêle, se passasse a falar em **jurisdicionalização da execução da pena**.

A Associação Internacional de Direito Penal (com tão vasto âmbito de influência internacional), no seu IV.º Congresso, realizado em Paris, em 1937, dedicou um dos seus cinco temas ao **Direito Penitenciário**, e afirmou, nas conclusões, a existência do princípio de legalidade, básico para o direito Penitenciário, como o é para o Direito Penal; afirmou a necessidade de participação da Autoridade Judiciária na execução da pena, com “missão de supervisão” e “certo poder de decisão” (12).

A sugestão incluída nessas conclusões não caiu no vazio, pois que se têm multiplicado os países que a têm seguido.

No X.º Congresso, da mesma Associação, realizado em Roma, em 1969, o 3.º dos quatro temas foi dedicado a “O papel do Juiz na determinação e na execução da pena”.

Tendo eu tido a honra de participar dos trabalhos da Comissão que se ocupou desse tema, posso informar que, durante os estudos e debates, desde os trabalhos preparatórios do Colóquio de Praga, realizado alguns meses antes que o Congresso, e nos estudos e debates durante o próprio Congresso, falou-se da jurisdicionalização da execução penal como de algo que já não padece dúvida, nos países mais evoluídos. Entendeu-se que a supervisão — de que falavam as conclusões do IV.º Congresso — deve ficar a cargo de um órgão específico (nos moldes dos Conselhos Penitenciários do Brasil), mas que “as modificações das modalidades de execução da pena e das medidas de segurança, que atinjam a decisão do Juiz, dependerão de pronunciamento judicial, respeitado o princípio do contraditório”.

Essas modificações significam os clássicos incidentes de execução, mas significam também quaisquer outras que possam surgir como corolário ou como decorrência de qualquer conflito de direitos e deveres componentes do *status* de condenado, conforme esse *status* é delineado, concretamente, para cada condenado, pelos termos da respectiva sentença condenatória. Em outras palavras: ao Juiz compete a execução, do ponto de vista formal.

As conclusões desse 3.º tema (que não excluem, mas, ao contrário, expressamente se referem à “contribuição das ciências do homem e das ciências técnicas”) tiveram o seguinte remate: “As responsabilidades da justiça penal exigem que a organização judiciária confira ao respectivo Juiz tal formação que o capacite a assumi-las”.

Ora, a justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aí terminam, somente, os prolegômenos — por assim dizer — da

(12) C. Lul, “IV.º Congrès international de droit pénal”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* (Bruxelles, Ministère de la Justice, aout-sept.-oct. 1937). Pág. 971.

justiça penal, que é na execução que ela vai efetivamente se realizar, ou não se realiza.

Portanto, dessa formação especial que deve ser conferida ao Juiz, é óbvio que deve constar o adequado conhecimento do Direito Penitenciário, de vez que é a êle que incumbem as normas reguladoras da execução penal.

Mas, como acabamos de ver, deve ser “respeitado o princípio do contraditório”.

Disso se infere que é indispensável haver nos órgãos estatais encarregados da execução (do ponto de vista material) adequado número de funcionários profissionais do Direito (assistentes ou assessôres jurídicos, procuradores ou advogados) para atender às precisões conforme essa exigência de contraditório. Todavia, o condenado pode não querer os serviços de tal funcionário, mas ter condições para pretender os de um profissional liberal da sua escolha. Ademais, o contraditório exige a presença do Ministério Público.

Sem falar, então, nos funcionários de Penitenciária e outros estabelecimentos ou órgãos de execução penal, para os quais ninguém porá em dúvida a importância e a necessidade do estudo, do conhecimento do Direito Penitenciário, essa importância e essa necessidade também existem para juizes, para membros do Ministério Público, e para advogados.

Em tese é assim.

E como será em face da nossa legislação?

Pois o art. 668 do Código de Processo Penal em vigor diz o seguinte: “A execução, onde não houver Juiz especial, incumbirá ao Juiz da sentença, ou, se a decisão fôr do Tribunal do Júri, ao seu Presidente.” Entretanto, com frequência êsse dispositivo tem sido interpretado restritivamente, abrangendo tão-só os clássicos incidentes de execução.

Quanto à legislação que está por vir: há um projeto de Código das Execuções Penais. O fato de já termos tido anteriormente anteprojetos de Código Penitenciário e de Código das Execuções Penais que não passaram disso, não quer dizer que o atual projeto esteja fadado a seguir o mesmo caminho. Ao contrário, tudo indica que êle virá a ser promulgado. Será o nosso Direito Penitenciário corporificado em normas legislativas. E será preciso estudá-lo para conhecê-lo e vivenciá-lo.

### III

Assim, pois, **concluindo**:

- 1) Não se pode deixar de tomar conhecimento da existência do Direito Penitenciário, apesar das vacilações a respeito da sua denominação,

de vez que dita existência já foi proclamada em Congressos Jurídicos Internacionais.

- Diante disso, é oportuno sugerir ao Poder Legislativo Federal providências para que o art. 8.º, item XVII, letra c), da Constituição vigente tenha o seu texto modificado, isto é, que a expressão “de regime penitenciário”, constante na parte final da referida letra c), seja substituída por “de direito penitenciário”.
- 2) Em razão mesmo da existência do Direito Penitenciário, não se pode deixar de reconhecer que o condenado tem um status específico, e que os direitos e deveres correspondentes podem ser envolvidos em conflito, conflito êsse solucionável judicialmente, respeitado o princípio do contraditório — daí a importância e necessidade de estudo e conhecimento do Direito Penitenciário, não só por parte de funcionários penitenciários e análogos, mas também por parte de Juízes, membros do Ministério Público e Advogados.
- Diante disso é oportuno sugerir:
  - a) às Universidades onde ainda não é ensinado Direito Penitenciário, que procurem incluí-lo como uma das disciplinas do Departamento em que se encontra o Direito Penal;
  - b) aos órgãos competentes, federais e estaduais, que procurem incluir a matéria de Direito Penitenciário, com o mesmo destaque e autonomia das demais matérias, nos programas de concurso para Juiz, Promotor de Justiça, Defensor Público e outros análogos.
- 3) Entretanto, não basta limitar-se a aprender o que o Direito Penitenciário tem no momento para ser aprendido; é preciso, ademais, contribuir para seu desenvolvimento doutrinário e sua estruturação.
- Diante disso, é oportuno sugerir que, daqui por diante, nos trabalhos dos Congressos Nacionais de Direito Penal e Ciências Afins se reserve um lugar expressamente para assunto de Direito Penitenciário.
- 4) Não basta fazer sugestões, mas, para se vir a alcançar o que com elas se objetiva, é imprescindível que sejam comunicadas a quem possam ser úteis.
- Diante disso, e na hipótese de serem aprovadas as conclusões e sugestões retro, é oportuno solicitar à Comissão Organizadora deste Congresso que se digne de determinar à sua Secretaria que officie a quem de direito, comunicando estas conclusões e rogando sobre elas a preciosa atenção.