

A PRISÃO ABERTA. SUA CONTEMPLAÇÃO NO CÓDIGO PENAL DE 1969 (*)

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal e de Direito Penitenciário
na Universidade Federal de Goiás.

À guisa de preâmbulo, vamos traçar um sucinto panorama das prisões conforme a segurança, isto é, conforme a maior ou menor garantia contra a fuga, e bem assim de observância da disciplina, provinda de meios físicos que, inseridos na estrutura arquitetônica, ou acrescentados exteriormente mas a ela se integrando, ou ainda (arquitetônicos ou de outra natureza) dispostos nas suas cercanias, como complemento, constituem precaução contra dita fuga, e coerção à observância da disciplina.

Desde que, há pouco mais de três séculos, a prisão foi adotada como forma de pena, em substituição das formas cruéis então em voga, a preocupação com as precauções físicas contra a fuga, predominante senão exclusiva, foi aumentando, até alcançar um ponto que era ao mesmo tempo trágico e ridículo.

Eram prisões-fortalezas.

Durante muito tempo, a idéia reinante de prisão era esta: uma fortaleza tétrica, soturna, lúgubre, sinistra...

Essa idéia perdura ainda não só no entender de pessoas sem instrução, mas inclusive de pessoas de cultura embora não jurídica, ou talvez mesmo jurídica.

No entanto, já não é tão recente a vivência, com êxito, de prisões que não são fortalezas, e cuja aparência tende a não lembrar que são prisões.

(*) Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, a 17 de agosto de 1970, como parte de um ciclo de conferências a respeito dos novos Códigos, realizado por aquela Faculdade.

Isto é, ainda existem prisões fortificadas, seja porque são remanescentes do passado, seja porque ainda são construídas, mas sem aqueles exageros, e sem que, como tudo indica que ocorreu durante algum tempo, o evitar a fuga seja a preocupação predominante senão exclusiva; devem existir tais prisões, pois para certos condenados são necessárias. Além delas, porém, existem outras, menos aparatosas, no que tange às precauções físicas contra a fuga, e como coerção à observância da disciplina; e existem outras mais cujo estilo arquitetônico, além de despido daquelas precauções, é tal que leva a confundi-las com comuns casas de habitação ou próprias para atividades ou misteres correntes.

Não sendo o caso de tratar agora, aqui, dos estabelecimentos destinados a prisão provisória, referir-me-ei a **estabelecimentos penais**, que é a denominação genérica que está sendo usada para indicar os locais de execução de sanção penal privativa da liberdade (que pode, entretanto, resultar somente restritiva de liberdade, conforme for o regimen de execução).

Os estabelecimentos penais, pois, tendo em vista as referidas precauções — sua existência, com mais riqueza ou com mais parcimônia, ou então sua ausência — constituem, **teòricamente**, três categorias. Digo **teòricamente**, porque na prática talvez não seja freqüente encontrar um tipo “puro”, isto é, com tôdas as características de uma categoria, e nenhuma das demais; na prática, o que se vê, não raro, é a presença das características de mais de uma categoria, com a predominância das de uma delas, notando-se que às vêzes a predominância é tão escassa que se torna difícil distinguir. A par disso, às vêzes também acontece que um conhecimento superficial da matéria — quiçá até improvisado — faz com que sejam levantadas construções que, do ponto de vista exclusivamente arquitetônico, podem ser mesmo muito interessantes, elegantes, mas do ponto de vista da técnica penitenciária são condenáveis, porque nelas não se encontra apenas hibridismo de características: encontra-se confusão. Ora, cada uma das referidas categorias de estabelecimentos penais se destina a diverso regimen de execução da pena, da sanção penal. Para isso, o hibridismo, particularmente se acentuado, pode trazer dificuldades; a confusão pode impossibilitar a observância de qualquer regimen.

Mas quais são as três categorias?

São as seguintes:

1 — Abrangendo os **estabelecimentos fechados**, duas categorias:

- a) de segurança máxima,
- b) de segurança média.

2 — Abrangendo os **estabelecimentos abertos**, uma categoria:

- de segurança mínima.

As características fundamentais de cada uma dessas categorias são as seguintes:

1 — a) De segurança máxima:

- precauções materiais e físicas contra a fuga:
- grades e muralhas; portões de ferro (reforçados); guarda militar (armada); sistema de vigilância (tórres, guaritas); sistema de alarme;

- regimen celular;
- disciplina: por imposição; por coerção;
- destina-se a sentenciados "perigosos".

b) De segurança média:

- precauções materiais e físicas contra a fuga:
 - embora tenham, talvez, o mesmo nome que as que se verificam nos estabelecimentos de segurança máxima, são menos rígidas, são atenuadas, não são tão acabruhadoras, podendo, até, faltar uma ou mais do que uma;
- alojamentos coletivos ("camaratas");
- refeitórios em comum;
- trabalho em oficinas ou ao ar livre (**all'aperto**);
- disciplina: por imposição e persuasão; por coerção (isto é, pode ocorrer que a imposição seja atendida em razão da sua própria força, o que significa submissão passiva; é recomendável, porém, que o atendimento venha a se dar por persuasão — que significa aceitação, participação ativa da vontade; quanto à coerção, só será usada como medida extrema);
- destina-se a sentenciados sem "periculosidade", ou com "periculosidade" mínima.

2 — De segurança mínima:

- ausência de precauções materiais e físicas contra a fuga;
- trabalho em semiliberdade;
- disciplina por persuasão (suscitação ou desenvolvimento do senso de responsabilidade);
- destina-se a sentenciados que tenham **aptidão** para adaptar-se ao regimen aberto.

II

Feita essa ligeira apresentação panorâmica, passamos à prisão aberta: algumas noções gerais a seu respeito.

Hoje a prisão aberta já tem seu lugar definido no penitenciarismo internacional; entretanto, ela não surgiu de repente nem foi produto de um plano resultante de excogitações teóricamente pré-ordenadas.

Na ilustrativa expressão do grande penitenciarista inglês, não há muito falecido, Lionel Fox, a prisão aberta resultou de ter sido preciso "fazer da necessidade virtude". (1)

(1) Lionel Fox, "Os Estabelecimentos Abertos no Sistema Penitenciário Inglês". Trad. por Alípio Silveira. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. (Rio, Inst. de Crim. da UEG, jul-set. 1963). Págs. 85 e 86.

Com efeito, foram precisões do momento, durante a década de 1930, exigindo pronta solução, que levaram a usar quaisquer lugares — casas ou acampamentos — para reter ou deter condenados que se comprometiam a não fugir, apesar de não haver impedimentos físicos contra a fuga. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, onde essas experiências foram feitas, souberam colhêr aquêlê ensinamento que, a partir do empirismo inicial, conduz, através dos sucessivos erros e acertos casuais, e dos sucessivos erros e correções conscientes e deliberadas, à formulação de princípios, de teorias que vão possibilitar a, prèviamente e com método científico, traçar um plano que possa ser, por sua vez, cientificamente realizado.

É de notar que não se passou abruptamente da prisão celular para essa experiência. Experiências anteriores, pré-ordenadas ou empíricas, foram estabelecendo sucessivas brechas, preparando o inconsciente para, no momento azado, ter sido admitida como possível e realizável a primeira experiência que, efetivamente, foi feita, e constituiu o marco inicial de um nôvo regimen penitenciário.

Quando no 1.º Congresso Penitenciário Internacional, realizado em Londres, em 1872, Sir Walter Crofton apresentava o seu "Sistema Progressivo", em estágios de gradativa mitigação, no 3.º dos quais o condenado poderia trabalhar em oficina ou no campo, no recinto da penitenciária, mas também fora dela, devendo a ela retornar nas horas estabelecidas, as penitenciárias ainda eram prisões-fortalezas, sendo que os condenados, escoltados durante o trabalho externo, ao retornarem dêle permaneciam em regimen "fechado".

A idéia dêsse trabalho em oficina ou no campo e a avançadíssima, para a época, idéia de trabalho fora da penitenciária, não brotaram de repente, é claro. A partir do trabalho em comum, em silêncio, do chamado "Sistema Auburniano", chegou-se ao trabalho forçado (*hard labour*) em obras públicas dentro ou fora da prisão, do chamado "Sistema da servidão penal". Esse trabalho, ainda que realizado fora da prisão, era — pelo mesmo adjetivo "forçado" se compreende — um acréscimo de severidade à pena.

A grande novidade de Crofton foi que o trabalho do seu 3.º estágio havia de ser realizado, quer no recinto da prisão, quer fora dêle, em tais condições que, embora exercida vigilância pela escolta, o condenado não se sentisse oprimido, mas ao contrário, aliviado, pela mitigação que semelhante trabalho trazia à sua pena. Essa mudança na significação do trabalho do sentenciado é muito importante, e dela resultaram notáveis conseqüências, não só na linha daquilo que viria a ser a prisão aberta, mas em outros rumos também.

O trabalho no campo, ao ar livre, foi merecendo atenção, e foram sendo feitas experiências, cujo êxito animava a maior largueza de visão e de concessões.

Assim, o 4.º Congresso Penitenciário Internacional, realizado em S. Petersburgo, em 1890, pôde recomendar que nos estabelecimentos penais fôsse adotado tanto quanto possível o trabalho ao ar livre.

E a Itália, por exemplo, já em 1877, legislava a respeito do que, corrigindo erros e aproveitando acertos, viria a ser o regimen de "lavori all'aperto". (2)

(2) Maria D'Aniello, *Diritto e Disciplina Penitenziari*. (Roma, Tip. Mantellate, s/d.). Págs. 136 e segs.

Esse tipo de trabalho se realiza não só ao ar livre, mas, conforme a exigência de cada tarefa, ao ar livre ou dentro de casa. Entretanto, o estabelecimento penal, para esse regimen, já não é um grande monobloco ou conjunto de pavilhões reunidos num só corpo, mas são pavilhões autônomos, cada qual servindo a finalidade diversa, espalhados numa vasta gleba, o que permite ao prêso certa margem de liberdade de movimentação, ao mesmo tempo que, pela natureza dos trabalhos, êle pode ter alguma iniciativa assim como responsabilidade quanto às tarefas que realiza.

No que concerne ao trabalho fora do estabelecimento penal, é de notar que à medida em que se foi verificando ser possível confiar no condenado, foi sendo diminuída a vigilância; concomitantemente, o condenado foi se sentindo estimulado a proceder de modo a não abusar dessa parcela de liberdade que já lhe era devolvida a fim de que fôsse se treinando, de sorte que, quando viesse a recuperá-la por inteiro, soubesse bem usá-la. Entretanto, findo o horário ou expediente de trabalho, devia êle voltar para o estabelecimento penal guarnecido de precauções contra a fuga, e sujeitar-se à disciplina interna, rigidamente mantida.

Era essa a situação quando ocorreram nos Estados Unidos e na Inglaterra aquelas experiências a que me referi há pouco.

Conforme dá a conhecer Mme. Romniciano, a experiência de Kenion Scudder, na California, que êle mesmo relata no seu livro **Prisoners are people**, teve como um dos fatores a falta de dinheiro para concluir uma enorme edificação prisional, cujo projeto arquitetônico previa custosas precauções contra a fuga, tais como muralhas, tórres, guaritas etc. (3) Scudder não só não concluiu a construção das precauções arquitetônicas contra a fuga, como tirou, do que já havia delas construído, o material necessário para acabar a construção do edificio que havia de servir de sede para uma proveitosa experiência de prisão sem grades e sem muralhas. Essa experiência, contudo, já não foi inteiramente empírica, eis que, iniciada em 1939, êle pôde e soube aproveitar a lição de outras experiências que já desde havia alguns anos se faziam. Provindos os condenados de penitenciárias de segurança máxima, cuja disciplina era mantida pela mais rígida coerção física e material, a experiência, no entanto, deu muito bom resultado, como registra Scudder no seu livro-relatório publicado em 1952. Deu, porém, bom resultado, porque Scudder tomou, entre outros, o cuidado de escolher os presos cujas qualidades pessoais fizessem presumir que êles se adaptariam ao regimen, consciente e voluntariamente, e eram capazes de assumir responsabilidade; e o cuidado de escolher os funcionários com aptidão e preparação intelectual que lhes possibilitasse exercer satisfatoriamente a importante função; e, ainda, o cuidado de preparar o vizindário da prisão, de modo que a experiência fôsse bem aceita e não houvesse reações que pudessem prejudicá-la ou, de qualquer modo comprometê-la; e o cuidado, também, de oferecer aos presos eficiente assistência espiritual.

Enquanto isso, a Segunda Grande Guerra assolava o mundo. Como corolário, aumentava a delinqüência, aumentava o número de delinqüentes, particularmente nos países que estavam empenhados na Guerra.

As condições bélicas não deixavam tempo nem dinheiro nem mão-de-obra para construir e aparelhar prisões. Onde prender os condenados, se as penitenciárias ficaram lotadas, superlotadas e logo abarrotadas? Era forçoso aproveitar quaisquer edifi-

(3) Mme. Hélène Gregoire Romniciano, "Une Réforme Pénitentiaire qui a fait ses Preuves". *Bulletin de la Société Internationale de Criminologie* (Paris, 1955, 1er semestre). Págs. 178 e segs.

cações onde fôsse possível alojar condenados, e contar com a, por assim dizer, "colaboração" deles, que se comprometiam a não fugir e não fugiriam mesmo, e a observar a necessária disciplina.

Não poucos prestaram serviços em misteres, profissões e funções em lugar dos homens livres absorvidos pela Guerra; para isso, saíam da "prisão" nas horas próprias do trabalho e voltavam no fim do expediente ou da jornada.

Em 1945, já a Suécia legislava a respeito de "regimen aberto". Para isso, certamente lhe foi útil não só a própria experiência vivida, como as informações das experiências alheias. Qual interessante novidade, nota-se a preconização de maior número de prisões, cada uma com menor capacidade — não mais de algumas dezenas de presos em cada uma. Na experiência sueca encontram-se estabelecimentos mistos, isto é, uma parte das vagas em regimen "fechado" e a outra parte em regimen "aberto"; mesmo nesses, o total de presos não há de ultrapassar as dezenas. Três anos após, isto é, em 1948, trinta por cento dos condenados estavam em regimen "aberto".⁽⁴⁾

Assim, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária, querendo tratar do assunto "prisão aberta", no seu Congresso a realizar-se, como se realizou, em Haia, em 1950,⁽⁵⁾ não teve, para sua informação, somente dados e relatórios de experiências feitas por imposição de circunstâncias, à margem da lei, quiçá toleradas pela lei, quiçá abrangidas pela lei através de interpretação extensiva e progressiva dos textos; ela teve também textos legais, como êsse da Suécia, vivenciados durante cinco anos.

O Congresso teve, assim, elementos bons e seguros para traçar as linhas mestras da prisão aberta, que podem ser assim resumidos:

1) **Neção:** O Congresso considerou que as prisões celulares não cercadas de muros, ou aquelas em que o muro é substituído por guarda especial, ou ainda aquelas em que, embora cercadas de muros, no seu interior o regimen é aberto, deveriam de preferência ser designadas como prisões de segurança média. Prisões abertas, propriamente, são somente aquelas em que não há quaisquer obstáculos materiais ou físicos contra a fuga, e nas quais os presos permanecem e se submetem à disciplina sem vigilância rígida e constante, mas em razão do seu próprio senso de responsabilidade.

2) Características gerais:

a) **Localização:** em ambiente rural, com suficientes possibilidades de contatos com o ambiente urbano, com organismos que ali haja, de caráter educativo e social, para proveito dos presos, mas também para que o pessoal tenha suficientes comodidades; a população urbana deve ser bem informada, a fim de se poder contar com a sua compreensão (nesse sentido, há de se contar com a imprensa).

(4) Hardy Goenransson, "Le Système Pénitentiaire de la Suède", in Louis Huguency et al., *Les Grandes Systèmes Pénitentiaires Actuels*. (Paris, Sirey, 1950). I, 311 e segs.

(5) A Comissão Internacional Penal e Penitenciária (C.I.P.P.), teve a seu cargo durante muitos decênios a realização de Congressos Internacionais Penais e Penitenciários, o último dos quais, o 12.º, foi o de Haia, em 1950. Após êsse Congresso, foi dissolvida, passando para a ONU a responsabilidade de organizar e realizar os Congressos, que ela tem realizado, a partir de 1955, com os temas subordinados ao enunciado geral *Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes* (o 4.º deles, em agosto/1970, em Kyoto).

b) **Trabalho para os presos:** na própria prisão — agrícola; formação profissional (para futuramente poderem trabalhar na indústria ou em oficinas).

c) **Pessoal penitenciário:** especialmente qualificado.

d) **Número de presos:** pouco elevado, de sorte que os funcionários possam conhecer pessoalmente cada um.

e) **Escolha dos presos:** somente hão de ser recolhidos à prisão aberta aqueles condenados que tiverem aptidão e vontade de se submeter, pela própria responsabilidade, ao regimen aberto; se, apesar da rigorosa escolha previamente feita, posteriormente se vier a verificar que houve engano, pois que falta alguma daquelas imprescindíveis condições pessoais, deverá ser possível recambiá-los para estabelecimento de outro gênero.

3) **Vantagens:**

1.º **Para o prêso**

- a) as condições para a sua saúde, seja física ou mental, são melhores;
- b) as vivências diárias, em prisão aberta, são mais semelhantes à vida normal, do que o são em prisão fechada.

2.º **Para o regimen penitenciário**

- a) as tensões próprias da vida prisional, com tantas conseqüências negativas, diminuem consideravelmente, o que contribui, já por si, para mais fácil manutenção da disciplina;
- b) a ausência de meios físicos e materiais de contenção ou coerção, contribui notavelmente para que os presos tenham confiança nos funcionários e se estabeleça bom relacionamento, tudo o que favorece a suscitação de boas condições íntimas dos presos, a fim de que eles sejam capazes de se modificar e desejar o próprio reajustamento.

3.º **Para os cofres públicos**

- a) quanto às edificações: menos aparatosas, são por isso mesmo bem mais econômicas;
- b) quanto ao pessoal: a melhor preparação dos funcionários exige melhor remuneração; contudo, quer em razão do próprio regimen, quer porque um funcionário adequadamente preparado faz mais e melhor do que vários despreparados, resulta economia.

4) **Relações com outros estabelecimentos**

- a) **Autonomia**, daí por que a passagem do centro ou estabelecimento de observação (para a referida escolha prévia), ou de prisão fechada, significa **transferência**.
- b) **Interligação com outros estabelecimentos fechados**, de modo que a passagem (ou as sucessivas passagens) de um para o outro se integre em regimen progressivo.

5) **Conclusão**

O Congresso concluiu que já tinha havido suficiente experiência para demonstrar as vantagens do regimen, e poder recomendar a sua adoção, para o maior número

possível de condenados, sem que, todavia, isso quisesse dizer que ele possa substituir as prisões fechadas, quer de segurança máxima, quer de segurança média. (6)

Após esse pronunciamento do tão autorizado Congresso, as experiências de prisão aberta foram sendo feitas com mais segurança e mais desenvoltura.

Dissolvida a Comissão Internacional Penal e Penitenciária, e passando para a ONU as responsabilidades quanto aos Congressos, o Congresso que devia ter sido o 13.º, foi realizado em Genebra, em 1955, como o 1.º, da ONU, para tratar de "Prevenção do delito e tratamento do delinqüente". Entre os temas subordinados a esse tema geral, figurou o que foi enunciado como "Estabelecimentos penitenciários e correccionais abertos".

Assim, após cinco anos, o novo pronunciamento a respeito de prisões abertas coincide, em grande parte com o que fôra dito no 12.º Congresso da C.I.P.P. Aquilo que não coincide, constitui muito mais acréscimos que aperfeiçoam do que talvez correções. Por isso não vou repetir aqui tôdas as conclusões e recomendações da ONU, mas, apenas, registrarei aquêles acréscimos.

1) **Noção:** Aceita a noção de prisão aberta já formulada, acrescenta que este regimen estimula o prêso a usar da margem de liberdade que lhe é oferecida, sem contudo abusar. Arremata dizendo que os estabelecimentos abertos, portadores de todos os elementos constitutivos da noção, se distinguem de quaisquer outros que tenham somente um ou outro dos ditos elementos.

2) Características gerais

a) **Relações com outros estabelecimentos:** de preferência, o estabelecimento aberto deve ser autônomo; se, porém, fôr necessário que esteja ligado a estabelecimento de outro tipo, deve constituir uma seção dele.

b) **Destinação:** conforme o sistema penitenciário de cada país, serve ao cumprimento da pena desde o início, ou então após ter sido cumprida uma parte em estabelecimento de outro tipo.

c) **Seleção dos presos:** o critério não deve ser o da categoria penal ou penitenciária nem o da duração da pena, mas o da aptidão para ajustar-se ao regimen aberto, mais favorável ao reajustamento social; o prêso que se revelar incapaz dêsse ajustamento, ou que, pela sua conduta cause problemas ou exerça má influência, deve ser transferido para estabelecimento de outro tipo.

— Aquilo que, com referência a localização, número de presos, e pessoal penitenciário, fôra incluído entre as características do regimen, passou agora para o rol das **condições de êxito**, com alguma diferença quanto ao conteúdo da recomendação.

d) **Localização:** nem sempre em ambiente rural; se estiver, porém, há de ter os necessários contatos com o ambiente urbano.

e) **Trabalho para os presos:** o trabalho e o treinamento profissional devem dar ao prêso condições de, quando tiver terminado o cumprimento da sua pena, exercer um mister útil e lucrativo, facilitando, dêsse modo, o seu reajustamento social.

(6) Lionel Fox, op. cit. (nota 1). Págs. 103-105.

f) **Os funcionários de prisão aberta** devem, ter, além das demais qualidades, a de serem capazes de exercer favorável influência moralizadora sobre os presos, cujo número há de ser reduzido, para que os funcionários possam bem conhecer cada um.

g) **Papel desempenhado pela comunidade vizinha:** o Congresso da ONU entendeu que não bastava a "compreensão", mas que "é preciso obter colaboração eficaz do público e especialmente da comunidade circundante"; para isso, o público e a comunidade devem ser informados de que o regimen de prisão aberta "exige do prêso um esforço moral considerável", sendo que "os órgãos de informação, locais e nacionais, podem se revelar, quanto a isso, preciosos".

3) **Vantagens:**

— A redação é mais explícita, permanecendo, porém, aproximadamente o mesmo conteúdo; vale, entretanto, registrar dois acréscimos:

a) **Para os presos:** as condições de vida em regimen aberto, permitem não só melhores contatos com o mundo fora da prisão (passeios em grupo, competições esportivas com equipes de fora da prisão, "e mesmo autorizações individuais de saída, para, principalmente, manter os liames familiares"), como contribuem para que os presos tomem consciência de que não estão desligadas da sociedade.

b) **Para os cofres públicos:** além das vantagens já registradas, se o estabelecimento estiver em zona rural, principalmente, a sua produção poderá ser rendosa.

4) **Recomendações para os países em primeira experiência**

Estas recomendações são inteiramente novas:

a) na primeira experiência, o regulamento (interno) não deve ser muito pormenorizado nem rígido;

b) qualquer país, ao iniciar a sua experiência, deve procurar se inspirar na organização e nos métodos dos países que já colheram a lição da sua própria experiência.

5) **Conclusão**

Considerando que a prisão aberta marca importante etapa da evolução do sistema penitenciário, e oferece as melhores possibilidades para a individualização da pena e subsequente reajustamento social, o Congresso foi de parecer que o sistema dos estabelecimentos abertos pode contribuir para diminuir os inconvenientes das penas privativas da liberdade de curta duração.

E recomendou que, respeitado tudo o mais que o Congresso recomendava, a adoção da prisão aberta seja feita com a maior amplidão. Todavia, recomendou também que técnicos devidamente especializados verifiquem, inclusive com auxílio da Estatística, qual é o verdadeiro resultado, tendo em vista a reincidência e o reajustamento social dos egressos respectivos. (*)

Como se vê, a prisão aberta não é aquilo que algum penitenciário apressado possa pensar ou já tenha pensado: não é meramente um novo endereço para comer

(*) Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève (22 août au 3 septembre 1955). *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*. (Paris, Soc. Gén. des Prisons, Janvier a Mars 1956). Pp. 164 a 167.

e dormir, que o condenado tem, e que lhe vai durar o tempo da duração da pena aplicada.

A prisão aberta, conforme as linhas mestras traçadas pelo 12.º Congresso Internacional Penal e Penitenciário, da C.I.P.P., e aperfeiçoadas pelo 1.º Congresso da ONU a respeito de "Prevenção do delito e tratamento do delinqüente", é algo muito sério em matéria de regimen de execução da pena. Exige do condenado um contínuo esforço de autodomínio, pois que êle deve permanecer no recinto prisional, apesar de fisicamente não haver obstáculos à sua saída; êle deve obedecer à disciplina e aos horários da agenda diária, não como um autômato impelido por um sinal acústico, ou pela coercitiva presença de guardas que representam força — pelo seu grande número ou pelas armas que portam — mas deve obedecer impelido pela sua própria força interior, integrante o senso de responsabilidade; o regimen da prisão aberta, exigindo tanto do condenado, é mais propício a que êle seja realmente o agente da sua própria emenda e do seu próprio ajustamento ou, conforme o caso, reajustamento social.

Há ainda um ponto a que convém dar um pouco de atenção antes de prosseguir. É o que diz respeito ao trabalho externo, que como já sabemos, faz parte do regimen progressivo, muito anterior a qualquer idéia de prisão aberta.

Consiste o trabalho externo em atividade que os condenados exercem via de regra em obras ou serviços públicos, fora do estabelecimento penal. Para isso, é evidente que êles devem sair do estabelecimento nas horas de trabalho, escoltados ou, correspondendo à confiança que pela sua conduta demonstram merecer, sem qualquer acompanhamento coercitivo.

Numa interpretação extensiva de trabalho externo, e a título de formação profissional, a saída poderia se destinar também a freqüentar especifica escola de nível secundário ou superior, que, evidentemente, não pode funcionar dentro da prisão.

Isso tem sido possível em regimen de prisão fechada.

Quanto a prisão aberta, nada consta expressamente a êsse respeito, nas conclusões ou recomendações de qualquer dos dois Congressos referidos. Em ambos os casos, há, sim, referências muito claras e incisivas a atividades rurais e a trabalho de oficina, dentro do estabelecimento.

Entretanto, se não há referência expressa admitindo, tampouco há proibição do trabalho externo para os condenados em regimen de prisão aberta. Ademais, a ONU sugere, nas suas recomendações que possam ser dadas "autorizações individuais de saída, para, principalmente, manter os liames familiares".

Isto é, a finalidade principal das saídas individuais é essa, mas entre outras finalidades não se exclui, mas ao contrário, há de estar a de trabalho, como pode estar a de estudo.

É bem de ver, porém, que a regulamentação da prisão aberta em cada país, e, mais pormenorizadamente, o regulamento de cada estabelecimento de prisão aberta hão de dispor a respeito da matéria, fixando as normas que devem ser observadas em coordenação com as normas reguladoras do trabalho externo. Não basta recolhimento a prisão aberta para, *ipso facto*, trabalhar fora. Tal procedimento seria parente muito próximo daquele entendimento recém mencionado, de que a prisão aberta não passaria de nôvo enderêço para comer e dormir, a que o condenado é compelido, durante o tempo da pena aplicada... É preciso que, para ser concedido, o trabalho externo seja previsto e disciplinado.

III

A seguir, vejamos o que tem ocorrido, a esse respeito, no Brasil.

Mesmo antes do Código Penal de 1940, houve experiências empíricas, as quais, tudo indica, nada tiveram que ver com o que de modo análogo se passou em outros países. Em parte isso foi possibilitado pela previsão, desde o Código de 1890, art. 48, de "penitenciárias agrícolas", e a inovação que a Consolidação das Leis Penais de 1932 registra no seu art. 46, das "colônias... para reabilitação pelo trabalho e instrução, dos mendigos válidos, vagabundos ou vadios capoeiras e desordeiros".

Esses estabelecimentos penais, pela sua própria localização em ambiente rural, facilitavam a vivência de situações próprias de prisão aberta. Essa vivência, às vezes, chegaria a constituir experiência empírica; outras vezes, nem isso, porque simplesmente "aconteciam", sem que dela fôsse tomada consciência quer pela Administração, quer por outras Autoridades competentes; outras vezes, ainda, a tomada de consciência gerava um sentimento de estar praticando um erro ou uma ilicitude — sem excluir que em não poucos casos, houvesse mesmo, por abuso, ou em razão de interesses diversos dos da execução da pena, verdadeiros erros e graves ilicitudes.

A previsão feita pelo Código Penal de 1940, art. 30, § 2.º, de "colônia penal ou estabelecimento similar", para o 3.º estágio da reclusão, e art. 88, § 1.º, II, para medida de segurança nos termos do art. 93, constituiu estímulo à ampliação daquela vivência.

É de notar, porém, que já agora, se por um lado continuaram as diversas situações nos moldes recém descritos, por outro lado começaram a se fazer experiências que se ainda não eram previamente planejadas de acordo com as normas do planejamento, tampouco eram inteiramente empíricas, de vez que eram feitas não só conscientemente, mas racionalmente, predeliberadamente, e talvez com apoio em notícias do que semelhantemente se fazia em outros países.

Feitas essas experiências cá e lá em diversos Estados do Brasil, não tinham, sem dúvida, tôdas as características que, posteriormente, foram traçadas no 12.º Congresso da C.I.P.P. e no 1.º Congresso da ONU.

A evolução de umas e outras, com avanços e retrocessos, ampliações e restrições, conduzem a maior aproximação com o tipo de prisão que veio a ser qualificada "aberta", ou então com o tipo de prisão de segurança média, com trabalho ao ar livre, nos moldes dos *lavori all'aperto* da experiência italiana. Vale registrar que, pelo fato de, em certas "colônias penais ou estabelecimentos similares", ter sido permitido que a família do prêsso, querendo, ali morasse com êle, não é que, por si, constitua prisão aberta, como tem sido erroneamente entendido. Aliás, o regimen da prisão aberta propriamente dita permite que o prêsso tenha salutares contatos com a sua família, e lhe dê assistência, sem que ela more no recinto da prisão.

Além dessas possibilidades, "encaixadas" na lei, houve a necessidade, proveniente de carência de prisões nos moldes clássicos, que impeliu magistrados a determinarem ou autorizarem o cumprimento da pena em condições análogas às de prisão aberta.

A par disso tudo, também houve no Brasil interesse e atividades de caráter doutrinário e científico, que influíram relevantemente para que no Brasil se formasse um bom conhecimento a respeito da prisão aberta, e se fizessem também experiências que, pelo modo como foram planejadas e estão sendo conduzidas, são dignas de nota.

Dentre as atividades de caráter científico, destacam-se:

— O Seminário Latino-Americano sobre "Prevenção do delito e tratamento do delinqüente", que, em preparação ao 1.º Congresso da ONU, foi realizado no Rio, em 1953.

— A IV.ª Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, realizada no Rio, em 1954, em que os brasileiros Noé Azevedo, Theodolindo Castiglione e Cesar Salgado atraíram a atenção dos participantes, para temas de prisão aberta.

— O Curso sobre estabelecimentos abertos, realizado pela Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária, em colaboração com o Centro Acadêmico XI de Agosto, em São Paulo, em 1955.

— A VI.ª Reunião Penitenciária Brasileira, promovida pela Associação Brasileira de Prisões, e realizada em São Paulo, em 1957, incluiu como um dos temas do 1.º Grupo de Trabalho, o seguinte: "Estabelecimentos penais abertos — Suas características fundamentais — Regime — Seleção dos internados".

Nas conclusões desse tema, encontra-se, no item VI, a sugestão de que "As famílias dos internados podem ser admitidas a residir em estabelecimento aberto". Essa sugestão há de ter contribuído, sem dúvida, para consolidar aquele entendimento errôneo a que recém me referi. Diga-se de passagem que o fato de a família do prêso morar assim com êle, tem aspectos negativos, principalmente para as crianças e os adolescentes (sem contar com outros problemas, entre os quais o desamparo em que tenha ficado a família da vítima...).

No item IX das mesmas conclusões, registra-se a recomendação de que "... a permanência, com boa conduta, em estabelecimento aberto, deve ser a condição indispensável para a soltura de todos os internados" (8).

Sem embargo, a Lei n.º 3.274, de 2-10-67, que "Dispõe sobre Normas Gerais de Regimen Penitenciário etc.", não se refere a prisão aberta nem a regimen aberto. No art. 35, o rol constitutivo do "mínimo de estabelecimentos penitenciários etc.", não incluindo, tampouco exclui a prisão aberta, pois que se trata aí do mínimo de estabelecimentos.

E então o Anteprojeto Nelson Hungria, de reforma do Código Penal, no art. 37 previu o "Estabelecimento Penal aberto", para (não obrigatoriamente) condenados a penas de reclusão ou detenção não superiores, em concreto, a 5 anos, ou para cumprimento da fase precedente ao livramento condicional (seja qual fôr a duração da pena aplicada). Em qualquer dos casos devem coexistir certas condições pessoais do condenado. O estabelecimento deve ser instalado "nas cercanias de centro urbano", dispor de condições para trabalho rural, industrial e de artesanato. Fica-se sabendo pelo § 3.º, que o cumprimento de pena ou parte dela em prisão aberta é uma regalia, que será perdida, e bem assim o "direito ao livramento condicional", se o "internado" fugir.

O texto definitivo, resultante da revisão pelas comissões a propósito constituídas, é o do art. 40 do Código Penal de 1969, e tem, além de umas pequenas diferenças de redação, que nada influem no conteúdo, uma modificação quanto ao máximo da pena imposta que pode ser inteiramente cumprida em estabelecimento aberto "não superior a seis anos", ao invés de "não superior a 5 anos".

(8) Anais da VI Reunião Penitenciária Brasileira (São Paulo, Serv. Gráf. da Secret. de Seg. Pública, 1961). I, 8 — 521 e 522.

Procuremos fazer algum comentário dêsse texto:

1) O cumprimento daquelas penas de curta duração, isto é, quer reclusão quer detenção não superiores a seis anos, não é obrigatoriamente operado em estabelecimento aberto, mas "pode" sê-lo, a critério do Juiz, evidentemente, se o condenado tiver certas condições pessoais.

No caso de pena não superior a seis anos, essas condições pessoais se traduzem em que o condenado "seja primário e de nenhuma ou escassa periculosidade".

Ora, a exigência de "nenhuma ou escassa (ou mínima) periculosidade", corresponde a prisão de segurança média, como vimos inicialmente.

Para a prisão aberta o que se exige é **aptidão**, aptidão para o regimen aberto, o que é coisa diversa.

Com efeito, a periculosidade é um modo de ser da personalidade de alguém, que faz presumir que êle provavelmente cometerá ou tornará a cometer delito. Vice-versa, nenhuma ou escassa periculosidade é um modo de ser da personalidade de alguém, que faz presumir que êle de maneira alguma ou dificilmente cometerá ou tornará a cometer delito.

Como vimos, porém, nem o 12.º Congresso da C.I.P.P., nem o 1.º Congresso da ONU se referiram sequer de leve a periculosidade, mas sim a "**aptidão**" e **vontade de se submeter pela sua própria responsabilidade, ao regimen aberto.**

E vimos mais: se posteriormente, isto é, depois de ter sido recolhido à prisão aberta, o condenado vier a revelar falta daquela aptidão (que pelo exame prévio parecia ter), deve ser removido para estabelecimento de outro tipo. A questão pois não é de ausência ou escassez de periculosidade, mas de presença de **aptidão** para o regimen.

Tudo isso é válido tanto para o condenado que há de cumprir tôda a sua pena em prisão aberta, como para aquêle que lá só vai cumprir uma fase posterior.

Por isso, também merece reparo o texto do § 1.º do art. 40 do Código Penal de 1969, pois sem se preocupar com a "aptidão" para o regimen aberto, exige que o condenado tenha "bom comportamento" e "demonstre readaptabilidade social". Outras condições, sem dúvida hão de poder ser exigidas como complemento ou mesmo como explicitação de elementos que entram na constituição da dita aptidão. A exigência, porém, de tais condições somente, sem qualquer referência àquela aptidão (que se conjuga com "vontade de se submeter, pela sua própria responsabilidade, ao regimen aberto"), não satisfaz.

Tomando-se, todavia, a dupla condição exigida pelo citado § 1.º, como complemento, como acessório da "aptidão", ou como elementos que entram na sua constituição, assim mesmo há algum reparo a fazer.

— "Bom comportamento": a palavra "comportamento" não é exatamente sinônima de conduta; com efeito, "comportamento" é a "simples resposta a estímulos", distinguindo-se de "conduta" que é o "comportamento humano **autoconsciente**, isto é, aquêle que é controlado pelas expectativas de outras pessoas" (9). Enquanto a pala-

(9) Donald Pierson, *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. (6.ª ed. São Paulo, Melhoramentos, s/d.). Págs. 320 e 321.

vra "comportamento" convém a animais inclusive, e vegetais e até seres inanimados, a palavra "conduta" convém especificamente ao homem. Assim, embora seja tolerável a palavra "comportamento", no texto dêste artigo (como, aliás, em algum outro, tal o caso, por exemplo, do art. 117, § 1.º, letra b), cabendo, então, à exegese definir-lhe o verdadeiro sentido, seria preferível usar a palavra "conduta", a expressão "boa conduta".

— "Readaptabilidade social": a palavra "readaptabilidade" quer dizer capacidade para a readaptação. Ora, "adaptação" (assim também "readaptação") "é conceito biológico e não social, e se refere a modificações orgânicas" (10). O que esse texto quer dizer é "capacidade ou condições pessoais para reajustamento social".

O fato de uma palavra ou uma expressão ser usada correntemente numa acepção, e mesmo que, pelo uso, venha a adquirir, na linguagem corrente, essa acepção que dantes não tinha, não significa que a linguagem técnica deve se submeter e adotá-la. A linguagem técnica deve ser cautelosamente precisa; não devem pois ser usadas num sentido, palavras que já têm seu uso consagrado noutro sentido. Pois não é por isso e para isso que são tantas vêzes inventados neologismos? Se assim acontece quando ainda não existe palavra para designar aquêlo exato sentido, não se compreende que seja usada noutro sentido que já tem palavra própria, a outra palavra que, por sua vez, tem o seu próprio sentido. Isso é importante em tôdas as ciências; no Direito — e no Direito Penal — não é menos importante, mas ao contrário é sumamente importante.

2) O art. 40, no seu § 1.º, diz: "A internação em estabelecimento penal aberto pode etc." Adiante, no § 3.º, diz: "Se o internado fugir etc."

Isto é, as palavras "internação" e "internado", que já têm o seu próprio sentido, são usadas noutro sentido. Com efeito, na linguagem do Código Penal de 1969, como na do Código Penal de 1940 e na do Código de Processo Penal de 1942, essa palavra se refere a medida de segurança, tanto assim que da sentença em que não é aplicada pena, mas somente medida de segurança, não é expedida "carta de guia", mas sim "ordem de internação" (C.P.P. art. 762).

A palavra correspondente a **internação**, referindo-se a pena é, na linguagem do nosso Direito Processual Penal, **recolhimento**. O § 1.º haveria, então, de dizer: "O recolhimento em estabelecimento penal aberto pode etc."

A palavra correspondente a **internado** pode ser **prêso** e pode ser **recolhido**.

Internado tanto pode designar quem se encontra em estado de internação, como quem foi levado para a internação.

Prêso designa quem se encontra em estado de prisão; **recolhido** designa quem foi levado (para a prisão). (11)

(10) Idem ibidem, Págs. 319 e 325.

(11) Na linguagem do nosso Direito Penal e Processual Penal, a palavra **prêso** tem sentido genérico; especificamente, é **recluso**, se estiver prêso em cumprimento de pena de reclusão; **detento**, se em cumprimento de pena de detenção; em sentido estrito, a palavra **prêso** designa o **prêso provisório**, e bem assim aquêlo que está em cumprimento de prisão simples.

No caso, pois, dêse § 3.º, correspondente é a expressão “condenado recolhido a estabelecimento penal aberto”.

3) O já citado § 3.º diz que ao que fugir “não mais lhe pode ser concedida a regalia e perde o direito ao livramento condicional”.

Quer dizer: para o Código Penal brasileiro de 1969, a prisão aberta é **regalia**. No entanto, por tudo que se viu, condensado nas conclusões e sugestões do 12.º Congresso da C.I.P.P. e no 1.º da ONU, a prisão aberta não é uma regalia, isto é, um privilégio, mas é um tipo de prisão própria para o cumprimento de determinadas penas (de curta duração) ou de uma fase subsequente de quaisquer penas, desde que o condenado tenha **aptidão** para o regimen próprio de prisão aberta, tendo em vista as funções e finalidades da pena (em sentido lato, da sanção penal). É uma questão de **adequação** ao regimen — não para regalia do condenado, mas para maior eficiência das funções éticas e utilitárias da pena, a fim de melhor alcançar e realizar as finalidades éticas e utilitárias da mesma pena. Se, para um condenado essa maior eficiência se encontrar em regimen fechado, êsse é o regimen onde êle deve permanecer. Se, para outro condenado, essa dita maior eficiência se encontrar em regimen aberto, para o qual êle tem aquela necessária aptidão, êsse será o regimen adequado para êle.

Assim, se se verificar que um condenado recolhido a prisão aberta não tem “aptidão” para o regimen, êle deve, sem dúvida, ser removido para regimen fechado.

Entretanto, não é simplesmente a fuga, em si e por si, que vai revelar essa falta de “aptidão”, embora possa ser um dos sintomas que, ponderado junto com os demais sintomas constituídos por outros tantos fatos de conduta, leve a concluir que realmente aquêle condenado não tem a necessária aptidão para o regimen aberto. Contudo, pode ocorrer que dessa ponderação se deva concluir que, apesar da fuga, o condenado tem “aptidão” para o regimen aberto.

O assunto “fuga” é muito complexo. A êsse respeito é muito proveitoso ler o que escreveu Alípio Silveira, a partir de dados por êle colhidos nas prisões abertas do Estado de São Paulo. (12)

O exame da personalidade do acusado ou do já condenado, a fim de verificar a sua “aptidão” para o regimen aberto, seja feito pelo método que fôr, é sempre suscetível de êrro, mesmo se feito pelos mais competentes e cuidadosos especialistas. Ora, nem sempre os especialistas são tão competentes, nem sempre são tão cuidadosos, o que quer dizer que é preciso admitir que a margem de êrro não seja irrelevante.

No caso, pois, de a fuga ser realmente um sintoma de falta de aptidão para o regimen aberto, de um condenado que, por êrro, fôra considerado apto, será justo removê-lo para prisão fechada, a título de **punição permanente**, extensiva, aliás, ao livramento condicional, como se infere do texto do parágrafo que está sendo analisado? Tanto mais válida é essa pergunta, se o êrro decorrer de imperícia, imprudência ou negligência dos especialistas encarregados do exame...

Todavia, pode ocorrer que, apesar da sua “aptidão”, apesar da sua “vontade de se submeter pela própria responsabilidade”, o condenado fuja — é preciso verificar

(12) Alípio Silveira, *Os Institutos Penais e o Juízo das Execuções Criminais*. (São Paulo, Sugestões Literárias, 1965). Págs. 183-210.

as causas, os motivos da fuga. Pode ser que o que tenha impellido o condenado a fugir tenham sido irresistíveis más condições estáticas ou dinâmicas da prisão, ou más condições ou erros do pessoal penitenciário.

Se tal fôr o caso, é justo que êle seja removido para regimen fechado, a título de punição permanente?

Pode também acontecer que a fuga seja sintoma de neurose ou de psicose super-veniente. Nesse caso, será que êle deva ser punido com a perda do que o Código chama de "regalia", ou deverá êle ser submetido a conveniente terapia, com ou sem remoção para outro estabelecimento, conforme indicação médica?

É evidente que não se pode deixar de prestar atenção ao fenômeno fuga, porém, não dêsse modo tão singelo como o do texto do § 3.º do art. 40. A matéria deve naturalmente ser prevista e regulamentada por normas apropriadas, que não do Código Penal, porque, para o condenado, ela se insere na disciplina do cumprimento da sua pena. Coisa diversa é o delito do art. 395, **Fuga de prisão ou internado**, cujo autor é quem "Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente prêsso ou submetida a medida de segurança". (13) É coisa diversa também o delito do art. 396, **Evasão de prêsso**, cujo autor é o prêsso que se evadir ou tentar evadir-se "usando de violência contra pessoa".

O comentário que acaba de ser feito vale, *mutatis mutandis*, para a perda do direito ao livramento condicional.

— 0 —

Assim, portanto, para o caso de uma possível reforma do Código Penal de 1969, eu proporia que o art. 40 fôsse redigido da seguinte maneira:

Estabelecimento Penal Aberto

Art. 40 — As penas de reclusão e de detenção em concreto não superiores a seis anos, podem ser cumpridas em estabelecimento penal aberto, em regimen de semiliberdade e confiança, desde que o condenado seja primário e se tenha verificado ter êle aptidão para êsse regimen.

§ 1.º — A última fase ou a fase que precede o livramento condicional quer de reclusão quer de detenção, seja qual fôr a duração imposta, também pode ser cumprida em estabelecimento aberto, desde que o condenado tenha a devida aptidão, verificada principalmente através da sua conduta.

§ 2.º — O estabelecimento penal aberto, instalado, de preferência, nas cercanias de centro urbano, deve dispor de suficiente espaço para trabalho rural e de oficinas para trabalho industrial ou artesanato.

§ 3.º — O condenado recolhido a estabelecimento penal aberto que revelar falta ou insuficiência de aptidão para êsse regimen, deverá ser removido para estabelecimento de outro tipo.

(13) Aqui estão evidentes o diverso e o próprio sentido que na linguagem do Código têm as palavras "prêsso" e "internado", de que falei.