

Humanistas e positivistas: o livramento condicional em perspectiva histórica

O texto a seguir traça um panorama do livramento condicional (LC) no Brasil, a partir de uma perspectiva histórica. Apresentam-se os conceitos, normas e prática do instituto, desde as primeiras iniciativas para a sua regulamentação, na década de 1920, até a implementação de suas novas regras, nos anos 1980. O objetivo é contribuir, com um ensaio de interpretação histórica, para o debate atual sobre o LC, os requisitos para a sua concessão, o exame criminológico e os seus efeitos difusos.

O LC foi introduzido no Brasil pelo Código Penal de 1890, o qual estava sintonizado com as inovações internacionais sobre o assunto. O Congresso Penitenciário de Estocolmo, em 1878, definiu seus princípios e recomendou sua adoção pelos diversos países.

No regime do Código de 1890, o LC era a última etapa do sistema progressivo da pena privativa de liberdade. Dado que o sistema não chegou a ser adotado pelas penitenciárias brasileiras – devido à falta de regulamentação e à não criação dos estabelecimentos agrícolas –, o LC permaneceu sem aplicação. Considerava-se o LC um ato de graça da autoridade, concedida pelo governo federal ou dos estados, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciário, o qual apresentava um relatório minucioso sobre o comportamento do preso. Em alguns estados, como Pará, Ceará e São Paulo, houve tentativas fracassadas de pô-lo em prática, sendo que neste último foram concedidos alguns LCs (COSTA, 1934: 105).

A iniciativa de Regulamentação do LC foi de Candido Mendes de Almeida que, a partir de 1917, iniciou gestões junto a parlamentares com o objetivo de regulá-lo, criar um Código de Processo Penal para o Distrito Federal, uniformizar a legislação penitenciária no país e criar um órgão para inspecionar as prisões federais. Em 1922, o Congresso aprovou a lei n. 4.577, conhecida como *Lei Candido Mendes*, que autorizou o Poder Executivo a elaborar os instrumentos legais para os objetivos referidos. Em 1924, formaram-se comissões para tal fim, entre as quais a encarregada da regulamentação do LC, formada por Candido Mendes, Astolfo de Rezende, José Candido de Albuquerque Mello Mattos e André de Faria Pereira, substituído por Joaquim Mafra de Laet, secretariados por Edson Mendes de Oliveira (COSTA, 1934.: 106-7).

* Texto elaborado a partir do trabalho de Andrei Koerner, do IBCCRIM, intitulado “Panorama histórico do livramento condicional no país” e elaborado especialmente para a pesquisa.

O projeto apresentado pela Comissão, que se tornou, com poucas modificações, o decreto 16.665, de 1924, versava sobre a criação do Conselho Penitenciário, a determinação de mudanças na organização das unidades prisionais e a regulamentação do livramento condicional. O Conselho Penitenciário era a principal inovação e não tinha paralelo em outros países, tanto por sua composição, pois era formado por bacharéis em direito e médicos, quanto por sua competência, dado que cabia ao órgão emitir parecer sobre os pedidos de livramento condicional, inspecionar as prisões e incentivar a criação de patronatos para a inserção dos egressos (COSTA, 1934.: 114). Era definido por Candido Mendes como “um conselho especializado e imparcial, independente e prestigiado, que estabelece critérios claros de verificação das demandas dos presos por LC” (ALMEIDA, 1930: 33).¹

O decreto mudou o regulamento penitenciário e estabeleceu serviços novos, como a organização de prontuários dos sentenciados, de boletins médicos e psíquicos e do livro de observações do diretor do presídio (COSTA, 1934.: 127-8). Os boletins médicos e psíquicos deveriam conter os antecedentes hereditários e pessoais dos presos, assim como informações sobre as manifestações externas de sua inteligência, sentimentos e volições. Deveriam, ainda, registrar o exame e observação dos presos, especialmente dos que apresentavam sintomas de alienação ou eram vítimas de qualquer perturbação físico-psicológica. Esses boletins seriam usados pelas autoridades penitenciárias, no momento de decisões relativas à execução da pena, como o tratamento, a educação moral e intelectual e o trabalho dos presos (COSTA, 1934: 130-1). As observações dos diretores e funcionários e os boletins médicos seriam instrumentais para a avaliação, pelo Conselho Penitenciário, dos pedidos de livramento condicional e seriam elementos para a decisão pelo juiz da causa.

Pelo referido decreto, o LC poderia ser concedido aos condenados à privação da liberdade, com pena mínima de quatro anos, desde que tivessem cumprido mais da metade da pena e tivessem demonstrado bom comportamento durante o tempo da prisão. O artigo 1º previa também o cumprimento de pelo menos um quarto da pena em penitenciária agrícola ou em serviços externos, mas este requisito era excetuado pelo parágrafo único, situação na qual era aumentado para dois terços o tempo de cumprimento da pena. O Conselho Penitenciário deveria examinar o cumprimento desses requisitos, bem como um relatório com as observações sobre o preso, fornecido pelo diretor do estabelecimento penal, que deveria conter as seguintes informações: as circunstâncias peculiares à infração da lei penal, consideradas relevantes para apreciar a índole do preso; o caráter deste, revelado por seus

¹ O Conselho Penitenciário brasileiro era “o único tribunal [sic] no mundo em que os médicos tem função determinadas de deliberação, funcionando também como juizes os representantes do Ministério Público, mas nunca os diretores de presídios, que só fornecem informações” (ALMEIDA, 1933: 59)

anteriores e prática delituosa, que auxiliassem a compreender sua natureza psíquica e antropológica; seu comportamento na prisão; suas relações afetivas; sua situação econômica, profissional e intelectual; seus projetos de vida para depois do livramento.

O Decreto determinava que o Conselho Penitenciário deveria considerar como objetivo do LC “estimular o condenado a viver honestamente em liberdade, reintegrando-se, pouco a pouco, na sociedade dos homens livres, mantido, porém, o temor da sua nova reclusão, caso não proceda satisfatoriamente”. O parecer do Conselho seria encaminhado ao juiz da causa, a quem cabia o julgamento do pedido. Ao conceder o LC, o juiz determinaria uma série de condições ao liberando, como a submissão a um patronato, a observância de certas regras de comportamento (proibição de morar em lugar determinado, abstenção de ingestão de bebida alcoólica, adoção de meio de vida honesto, dentro de prazo fixado) e certas obrigações, como a reparação dos danos e o pagamento das custas do processo. O LC seria concedido em sessão solene, diante de autoridades e dos demais presos, na qual o liberando prestaria juramento público, comprometendo-se a não mais delinquir.²

O liberado era obrigado a comunicar mensalmente ao diretor do estabelecimento penal a sua residência, ocupação e dificuldades. Ele ficava sujeito à vigilância do diretor do estabelecimento em que estivera preso, auxiliado pelo patronato jurídico de auxílio aos presos. A vigilância incluía a possibilidade de buscas na sua casa e a sua detenção imediata, até deliberação do Conselho Penitenciário. Se o liberado transgredisse as condições impostas, o Conselho poderia representar ao juiz pedindo a revogação do livramento e a volta do liberado à prisão. Se o livramento fosse revogado, não seria computado ao restante da pena o tempo em que o preso estivera solto.

Defensor de mudanças nas condições das prisões, Candido Mendes foi o primeiro presidente do Conselho Penitenciário e promoveu a criação do Patronato das Detentas e o Patronato Jurídico dos Condenados do Distrito Federal, junto com colegas e alunos da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. No relatório do Conselho para o triênio 1924-26, ele apontava as orientações adotadas pelo órgão, que podem ser resumidas como a prudência para evitar a concessão de LC a presos perigosos e a orientação favorável à concessão para aqueles que poderiam se beneficiar do processo gradual de readmissão na sociedade. Apontava Candido Mendes, também, os efeitos positivos do LC na disciplina interna das prisões, “pela convicção”, entre os presos, de que todos eles “poderiam aspirar ao benefício legal pela demonstração dos indícios de sua regeneração, sem depender de empenhos ou elementos

² Candido Mendes enfatiza em diversas ocasiões a importância desse elemento de palavra pública, como um compromisso assumido pelo liberando e um estímulo à regeneração dos demais presos.

estranhos de qualquer natureza” (ALMEIDA, 1927: 75). Enquanto principal patrocinador da Conferência Penal e Penitenciária brasileira de 1930, preparatória para o 10º Congresso Penal e Penitenciário Internacional, em Praga, Candido Mendes avaliava que houvera melhora notável na disciplina dos estabelecimentos penais, com elevação do nível moral dos condenados. Afirmava, ainda, que a solenidade de livramento condicional tornara-se uma “festa do prisioneiro, com alta significação moral e cívica”, influenciando todos os prisioneiros, e que os Conselhos Penitenciários e patronatos se expandiam pelos Estados e eram benéficos para a reinserção dos liberados (ALMEIDA, 1930: 62-3).

Na celebração dos dez anos do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, em 1934, ele reafirmava os efeitos positivos do LC sobre as prisões e a importância da sessão solene de concessão do mesmo para servir de exemplo aos demais presos. Naqueles dez anos haviam sido examinados 1367 pedidos de livramento e de indulto, dos quais 376 haviam sido concedidos. Ele contava 32 revogações, das quais 13 pela reiteração criminosa e 19 por “outros motivos” (RAO, 1934: 14-5).

Na definição jurídica, na regulamentação e na prática do LC confrontam-se as correntes positivista e humanista do direito penal, num debate que se dá ao longo de todo o período. A corrente humanista pensa o LC como um meio que incentiva a regeneração “moral” dos presos.³ Como afirma Candido Mendes, nenhum indivíduo pode ser considerado irrecuperável, pois todos são vistos como seres morais e racionais. Se o crime é causado por fatores como a falta de educação, a incorporação defeituosa das normas sociais ou a degeneração moral dos criminosos, o fim da pena seria reeducar, ressocializar os presos. A lógica do sistema progressivo seria a de criar nos indivíduos a expectativa de que poderiam se reintegrar na sociedade, desde que “convertidos” aos seus princípios morais e normas jurídicas. A melhoria progressiva de condição, em que seriam gradualmente integrados em atividades cooperativas com outras pessoas, e em atividades fora do estabelecimento penal, seria associada à observação do seu comportamento por funcionários e especialistas, com o que seria efetivada a sua reeducação, e continuamente avaliadas as suas respostas às novas condições de vida. O LC seria um momento em que a regeneração do preso, observada em condições variadas no interior dos estabelecimentos penitenciários, seria posta à prova pela sua reintegração condicional à vida social. Para cumprir essas funções, o LC deveria ser um direito do preso, cujo exercício seria uma expectativa razoável para ele, desde que cumprisse certas condições. Ao ser incentivada essa expectativa entre os presos, o LC – ao lado de outras características do sistema progressivo – seria um meio de incentivar a sua regeneração

³ Além dos trabalhos de Candido Mendes de Almeida, ver o livro de Armando COSTA (1934).

e a cooperação coletiva com as regras da prisão e as normas sociais. Enfim, os humanistas consideravam que a pena deveria ser indeterminada, dentro do prazo fixado na sentença, e sua execução, individualizada.

Por sua vez, os positivistas partiam da suposição de que a causa dos crimes deveria ser buscada nas características biológicas, psicológicas ou sociais dos indivíduos⁴. Seu objeto de análise não eram os crimes, mas os criminosos. Eles deveriam ser observados e classificados segundo procedimentos científicos, a fim de se estabelecerem tipos e regras gerais, que possibilitariam meios objetivos de prever sua recuperação e comportamento. Os positivistas atacavam diversos dogmas do pensamento clássico, como a determinação da pena (em termos de duração e formas de implementação), o princípio da responsabilidade individual (suposição que deveria ser relativizada face às diversas formas de degeneração dos indivíduos) e a concepção de que todos os criminosos seriam recuperáveis. Nesse raciocínio, se os indivíduos não eram concebidos segundo a livre determinação da vontade, eles eram a sede de forças e processos que os ultrapassavam, muitos dos quais determinavam de forma irreversível seus processos psíquicos no sentido de condutas anti-sociais. A pena deveria ser pensada como um processo terapêutico, de forma e duração indeterminadas, em função do qual os indivíduos passariam por diferentes estabelecimentos penais e etapas de progressão, a fim de serem observados. O LC seria uma etapa desse processo, um *benefício – um favor excepcional* - dado ao preso pela sociedade. Esta poderia abrir mão da prisão – um meio de defesa social – em prol da reintegração social de presos que apresentassem sinais *convincentes* de recuperação.⁵ Com o LC, o liberado seria, pois, posto à prova para que fosse avaliado o seu comportamento nas condições da vida social.

Dessas diferentes concepções resultam divergências sobre aspectos particulares do LC: para os humanistas, ele seria um direito do detido, que deveria ser concedido caso fossem observadas as condições estabelecidas pela lei, submetidas à avaliação prudente do juiz.⁶ O

⁴ Ver FRANCO, 1931 e os textos de Heitor Carrilho, Edgar Costa e outros publicados.

⁵ Heitor Carrilho, diretor do Manicômio Judiciário, defendia que o julgamento sobre a concessão do LC fosse baseado nas conclusões de perícia médico-psicológica do preso, feita por especialistas ou por uma junta. O critério determinante do julgamento seria a regeneração do preso, definida como o desaparecimento da causa psicológica que determinou o crime, a extinção das principais taras que pesavam sobre o delinqüente e, conseqüentemente, pela restauração de sua capacidade normal de adaptação à vida social (*apud* FRANCO, 1931: 32-3). Essa tese teve enorme importância no debate intelectual das décadas seguintes.

⁶ No relatório sobre sua participação no Congresso Penal e Penitenciário de Praga, de 1930, Candido Mendes afirma que o tema da natureza do LC, se direito ou benefício, causou grande controvérsia. Ele adotou a posição ao final minoritária de que o LC era um direito do condenado. Ele considerava que o LC não deveria ser concedido automaticamente a partir da simples avaliação da conduta do preso, porque era partidário da individualização da pena. Mas o LC como direito tinha importante papel de “propaganda interna” nas prisões porque estimulava ‘os condenados a conquistarem esse direito pelo seu procedimento demonstrativo da sua tendência para a regeneração’. Resolução de sua autoria aprovada pelo Congresso, afirma que não é desejável dar ao condenado a garantia de que, satisfeitas as condições regulamentadas, será liberado condicionalmente. Entretanto é preciso dar [ao preso] a garantia de que a questão de seu eventual LC será examinada, no tempo

LC seria um meio de reintegrar o preso à vida social, mais do que um teste de sua regeneração. Por conseqüência, seria independente da progressão da pena, enquanto os positivistas afirmavam o seu caráter de etapa da progressão. Embora os humanistas considerassem necessário avaliar a periculosidade do preso, não consideravam indispensável o exame realizado por especialistas e atribuíam peso menor a esse ponto do que os positivistas.⁷ Por outro lado, afastavam a direção da penitenciária do exame do pedido de livramento, por considerar o seu ponto de vista parcial e interessado. Como dito, os humanistas visavam à regeneração moral dos indivíduos e, por essa razão, enfatizavam a dimensão da *parole* do LC, ou seja, a palavra dada, o juramento, ou outra forma de compromisso de não mais delinquir, assumido pelo preso perante as autoridades penitenciárias. Do mesmo modo, consideravam necessário o apoio dado ao preso por órgãos do Estado como os Conselhos Penitenciários, os patronatos ou outras associações civis, que apoiariam o liberado para encontrar ocupação, solucionar outros problemas de sua reintegração na vida social e exerceriam o papel de vigilância sobre seu comportamento. Consideravam a polícia inadequada para exercer esse papel, sendo necessário – na medida do possível – mantê-la afastada dos liberados e egressos, dada a sua tendência à discriminação contra eles e a ênfase repressiva de sua ação.

Já os positivistas não viam razão para a polícia ser afastada da função de vigilância, dado o seu papel em prover todos os meios para a defesa social.⁸ Para eles, o Decreto sobre o LC era insuficiente, pois, tal como em outros países, havia adotado a regra de que a pena se dava por cumprida ao final do tempo do livramento. Com isso, o liberado só perderia o tempo da liberdade se praticasse um crime durante o período de LC. Se cometesse um crime após esse período, o tempo de pena que passara em LC não seria somado à nova condenação. Os positivistas defendiam o princípio de que o compromisso do liberado de jamais reincidir

mínimo fixado pela lei, por uma autoridade imparcial (ALMEIDA, 1933: 58; 116). Armando Costa precisa que o preso tem direito não ao LC, porque, antes da concessão, “é uma situação abstrata que só vem a se tornar concreta depois de apurada a regeneração”. O condenado tem direito de ver reconhecida a sua pretensão do exame do LC pela autoridade imparcial que o julgará segundo critérios técnicos (COSTA, 1934: 262-3).

⁷ “Para conseguir a liberdade antecipada, deve o condenado ter tido, durante o tempo da prisão, bom comportamento indicativo de sua regeneração. Não exige o regulamento prova ou garantia de que esta se tenha realmente verificado. Basta que, pelas suas condições pessoais, faça o liberando nutrir a esperança de que continuará a proceder bem. Embora o cumprimento estrito do regulamento pelo condenado seja pouco, é demasiado exigir que ele demonstre por atos positivos que dominou a paixão ou posição viciosa que o impeliu à prática do crime. (...) O que se pode pretender do condenado é apenas um procedimento, durante a expiação da pena, que faça razoavelmente acreditar na sua emenda, atual ou próxima” (SILVA, 1938: 132-3 e nota 16).

⁸ “Sob observação, qualquer que seja ela, o condenado não pode deixar de ser, aos olhos da sociedade, que o vê com certa prevenção e cautela, uma entidade sempre suspeita. ... A vigilância da polícia não é coercitiva, mas sim de expectativa. Conseqüentemente, não coage o sentenciado, apenas inteira-se de seu modo de proceder, e não há autoridades mais legítimas para essa vigilância do que as policiais. Incumbidas legalmente de velar pela segurança pública, a elas é que cabe racionalmente vigiar o condenado e capturá-lo se, abusando da concessão legal, se transviar do dever e violar as disposições da lei” (ARAUJO, s.d.: 185).

deveria ser condição para a concessão do LC.⁹ Enfim, se os humanistas apontavam que o livramento deveria ser, em princípio, admissível para todos os detidos, sem consideração das circunstâncias particulares do seu crime, os positivistas defendiam a exclusão de certas categorias de criminosos, classificados como incorrigíveis (FRANCO, 1931).

Apesar das suas divergências doutrinárias, as posições encontram alguns pontos comuns: apostam nas prisões reformadas, às quais atribuem função e eficácia terapêutica; centram no indivíduo a sede da determinação das condutas criminalizadas; apostam no saber científico como meio de aferir a periculosidade e a “cura” apresentados pelos presos; e reservam ao sistema penitenciário reformado a possibilidade de diminuir ou eliminar a criminalidade.

Essas concepções estarão presentes de diversas formas no debate jurídico ao longo do período. Nos anos seguintes ao decreto de 1924, foram apresentados projetos de lei no sentido de ampliar ou, ao contrário, limitar o alcance do LC. Virgílio de Sá Pereira apresentou ao Congresso Nacional, em 1927, projeto de lei de reforma do Código Penal que reduzia as condições para obtenção do LC: réus primários teriam de cumprir metade da pena e reincidentes, dois terços. Por sua vez, Ariosto Pinho propôs, em 1929, condições restritivas para o LC: seriam exigidos não só a boa conduta do preso, mas atos cooperativos e voluntários de submissão à autoridade e, ainda, a consideração, pelo juiz, da perversidade do crime e dos antecedentes do condenado (COSTA, 1934: 138-144).¹⁰

Muitos dos argumentos e propostas dos positivistas foram aceitos, o que se devia ao prestígio político e intelectual de que então gozavam e ao fato de compartilharem pontos de vista com os humanistas. No entanto, suas teses mais agressivas e abertamente contrárias a princípios elementares do Estado de direito não chegaram a prevalecer entre os juristas brasileiros. Elas foram rejeitadas em diversas oportunidades, como nas conclusões da Conferência Penal e Penitenciária do Rio de Janeiro, realizada em 1930 (ALMEIDA, 1930). Nem mesmo durante o período autoritário do Estado Novo, quando foram adotados novos Códigos Penal e de Processo Penal, houve plena aceitação dos seus argumentos.¹¹

⁹ “A reincidência, específica ou genérica, verificada mesmo após o decurso do tempo fixado para a liberdade vigiada, fará ressuscitar para o delinqüente a obrigação de cumprir o resto da pena anterior, da qual ficou isento, sem contar a nova pena, à qual pode ser condenado” (Henrique Castrioto, Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, *apud* FRANCO, 1931: 43).

¹⁰ Em 1930, Franklin Piza propôs mudança no LC para que sua concessão fosse tornada obrigatória para todos os condenados a penas maiores que três anos e que tivessem conduta exemplar. O fim da pena seria antecipado de três meses sem prejuízo de uma antecipação maior para os que se distinguissem por seu comportamento excelente (*apud* ALMEIDA, 1930: 63)

¹¹ Essa conclusão foi formulada originalmente por ALVAREZ, 1996.

Nos anos que se seguem à Revolução de 1930, o governo central adota iniciativas de reforma das instituições penais e penitenciárias, o que reacende os debates político, jurídico e sociológico entre correntes do pensamento do país. De modo geral, após o golpe do Estado Novo, os positivistas vão recuperar espaço e exercerão grande influência nos Códigos Penal (1940) e de Processo Penal (1941).

O Código Penal de 1940 parte da concepção de que a reação penal do Estado a atos delituosos se dá com a punição e a regeneração do criminoso, para o que existem a pena e a medida de segurança.¹² O LC é conceituado como medida finalística de política criminal dentro dos objetivos sociais postos para o regime progressivo da pena privativa de liberdade. Volta a ser uma etapa, uma fase não obrigatória da execução dessa pena. Torna-se um teste, uma “experiência prática” da obra de readaptação social dos “transviados”, realizada pela pena. Seria um instrumento da defesa social, que verificaria a permanência da periculosidade do indivíduo nas condições normais da vida em sociedade, e não um benefício ao indivíduo, concedido por motivos humanitários, de justiça ou de equidade (ESPÍNOLA FILHO, s.d.: 127).

O exercício do LC não se constituía em direito subjetivo do preso, embora demandasse apreciação e julgamento por uma autoridade imparcial. Mas o LC também não era mero benefício, nem sua concessão, o exercício do arbítrio da autoridade, que deveria decidir segundo a finalidade da pena e com base nos elementos probatórios apresentados (ESPÍNOLA FILHO, s.d.: 126-8; FARIA, 1963: 101-3).¹³

Mudaram, também, os requisitos para a concessão do LC, que só poderia ser solicitado pelos condenados a três anos de detenção ou reclusão, excluídos os condenados a prisão simples. Justificava-se o requisito com o argumento de que, se o LC era fase da execução, deveria haver um tempo mínimo de cumprimento da pena para observação do comportamento do condenado. Era eliminada a soma das penas menores, se nenhuma das mesmas atingisse três anos, pela suposição de que isto beneficiaria os chamados *habitués* do crime ou poderia incentivá-los a reincidir para se valer do benefício.

Os requisitos subjetivos passaram a ser a ausência ou a cessação “verificada” de periculosidade, a prova do bom comportamento durante a vida carcerária e a “aptidão” para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto (art. 60, II, do Código Penal de

¹² A pena era “sanção aplicada por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflitivo que esta última apresenta não é fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística...” (Helena C. Frago, *apud* FRY e CARRARA, 1986: 49).

¹³ Manteve-se, porém, a controvérsia sobre a questão da natureza jurídica do LC (BRUNO, 1966: 181).

1940). A enumeração eliminava a divergência de interpretação do decreto de 1924, que contemplava o “bom comportamento” do condenado durante o tempo da prisão como “indicativo” de sua regeneração (art. 1º, 2). A cessação da periculosidade e a possibilidade de prover a subsistência através de trabalho honesto eram informações prestadas pelo diretor do estabelecimento ao Conselho Penitenciário (art. 4º). Para os humanistas, o bom comportamento era indício suficiente para a concessão do LC, enquanto os positivistas afirmavam que esta só era admissível se satisfeitos também os requisitos do art. 4º. Pelo art. 60-II do Código Penal de 1940, a boa conduta carcerária era indício insuficiente de regeneração, mas condição importante em concurso com os demais requisitos.¹⁴

O comportamento do preso deveria ser avaliado relativamente a outros elementos que indicariam sua regeneração. Essa tarefa caberia ao Conselho Penitenciário, cujos pareceres forneceriam o índice de regeneração do preso, o que teria caráter opinativo e não meramente informativo para a decisão do juiz. Este não poderia decidir contra o parecer do órgão, sem justificar sua decisão.¹⁵

A passagem da exigência do bom comportamento para o índice de regeneração mostra a expectativa de que a decisão judicial se baseasse num juízo objetivo sobre cada preso individualmente, o que permitiria predizer sua conduta como liberado condicional. Esse juízo objetivo seria alcançado por procedimentos próprios das ciências médicas e humanas, que deveriam ser institucionalizados no sistema penitenciário.¹⁶

O procedimento técnico-científico já existia para a verificação da periculosidade. Durante o processo penal, a periculosidade seria constatada por exame psiquiátrico, se considerada necessária, em virtude da personalidade do preso ou outras circunstâncias do

¹⁴ O requisito do comportamento carcerário devia ser interpretado rigorosamente, pois não bastavam a obediência à disciplina e às ordens do estabelecimento, mas eram necessários “atos espontâneos que traduzam um arrependimento sincero do mal praticado e uma vontade firme de se tornar um indivíduo útil e sociável”. Esse comportamento, sem solução de continuidade, seria necessário para que se apreciasse a índole do preso e poderiam fazer presumir, tanto quanto possível, a modificação do seu caráter e sua natureza psíquica (FARIA, 1961: 106).

¹⁵ “...não se concebe que os juízes, sem nenhum contato com o sentenciado, na sua vida de cárcere, mal o tendo visto durante a instrução criminal, e, muito menos, desembargadores e ministros, os quais, quase sempre, nem chegam a conhecer os réus, possam aquilatar o índice de regeneração destes, pelo seu procedimento no presídio” (ESPÍNOLA FILHO, s.d.: 132).

¹⁶ Já na década de 1930 propugnava-se a criação, em cada estabelecimento, “de um órgão capaz de conjugar a observação do pessoal administrativo com a apreciação de médicos especializados, a fim de poderem as condenações, racionalmente cumpridas, operar nos pacientes com verdadeira assimilação da moral comum, a readaptação e a cessação da periculosidade”. Na ausência de tal órgão – precursor sem dúvida das comissões técnicas de classificação criadas pela Lei de Execuções Penais de 1984 – “somente o Conselho Penitenciário, bem compenetrado de seus deveres, seguindo sem intervalos a vida das prisões, poderá dar uma palavra conscienciosa sobre o valor do comportamento de cada preso, como índice de que está se regenerando” (ESPÍNOLA FILHO, s.d.: 132).

crime que levassem à suposição de que o mesmo voltaria a delinquir.¹⁷ Em função do resultado, ser-lhe-iam aplicadas medidas de segurança concomitantes ao cumprimento da pena, visando corrigir, tratar “ a anomalia da sua personalidade”. Nos pedidos de LC, se o condenado estivesse internado em casa de custódia e tratamento, seria necessário exame mental para a verificação da periculosidade, enquanto para os outros presos, a avaliação poderia ser feita pelo próprio Conselho Penitenciário (BRUNO, 1966: 182-3).

Apesar de a verificação técnica da periculosidade ser exigida pela legislação apenas em certos casos, a realização de exame tornar-se-ia a regra em São Paulo nos anos cinquentas. Os juízes não eram obrigados a determinar a observação criminológica e o exame biopsicosociológico, mas considerava-se “da mais absoluta conveniência” mandar fazê-los. O provimento n° 49, de 1956, do Juiz da Vara de Execuções Criminais da Capital determinou o exame biopsicosocial, para aferir a periculosidade de todos os sentenciados que passassem pela colônia penal. O juiz podia determinar a internação dos demandantes de LC em Instituto Penal Agrícola (IPA), por um prazo mínimo de três meses, para testar a ausência ou cessação da periculosidade. Os presos do interior eram removidos para a Penitenciária do Estado, onde se realizavam a observação, o exame biopsicológico e o parecer do Instituto de Biotipologia Criminal (IBC). No início dos anos 1960, a prática era a da concessão de LC só para os presos que tivessem sido internados num IPA, sendo excepcionais casos de LC para internos saídos diretamente das penitenciárias, dos presídios ou das cadeias das comarcas (SILVEIRA, 1965: 304).¹⁸

Vemos, pois, a orientação dos juristas e administradores no sentido institucionalizar os procedimentos técnico-científicos capazes de fornecer juízos objetivos sobre a personalidade do preso para servir de base a suas decisões. A orientação está certamente de acordo com o prestígio intelectual e político dos saberes médicos e das ciências humanas, em particular entre os profissionais da justiça criminal, mas é também reforçada pela desconfiança dos

¹⁷ O objetivo do exame seria identificar aquela classe de infratores que tinha uma personalidade criminosa. “Sua criminalidade parecia escapar à sua ‘vontade’....[e esses condenados] seriam refratários ao caráter admoestador da pena-punição, voltando a delinquir tão logo restituídos à liberdade. A periculosidade seria assim um predicado do sujeito, se manifestando ‘sintomaticamente’ como um índice de probabilidade de reincidência, e precisando de toda uma gama de novas práticas penais” (FRY e CARRARA, id.: 49-50)

¹⁸ Essa prática foi regulamentada pelo Provimento XVI, de 13/10/1965, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Porém, no mesmo ano o IBC determinou em portaria que só se fariam exames de internos da Penitenciária do Estado e da Casa de Detenção. Por isso, o Provimento XXV, baixado no ano seguinte pelo Conselho, determinou que o exame biopsicosociológico só seria obrigatório para os presos que apresentassem indicações claras de alta periculosidade, bastando, nas demais hipóteses, a investigação social, realizada por assistente social ou o escrivão do feito. O mesmo procedimento deveria ser adotado para os presos em condições de requerer o LC (SILVEIRA, 1965: 412 e MUAHAD, 1984: 103).

juristas em relação à qualidade intelectual e moral de juízos sobre os presos formulados por funcionários dos estabelecimentos prisionais.¹⁹

A ênfase no saber técnico-científico compensaria, aos olhos de juristas e administradores do sistema, os problemas de decisão postos pelas deficiências dos estabelecimentos prisionais. O programa de regeneração do sistema progressivo e das medidas de segurança era uma ficção, dado que muitos presos não passavam pelas diferentes etapas, cumprindo toda a pena em presídios ou cadeias de comarca, realizavam atividades laborais e educacionais sem cumprir os requisitos do sistema progressivo, por motivos alheios à sua vontade, e não eram sujeitos a um sistema efetivo de apoio e controle após a saída da prisão. Os patronatos oficiais e particulares, concebidos para exercerem esse papel, sempre foram muito limitados no país, cabendo à polícia o papel de vigilância sobre os liberados. O requisito de adoção de um meio de vida honesto para a concessão do LC era satisfeito com uma declaração de “pessoa idônea”, de que daria uma colocação ao preso. Mas essa declaração era apenas uma formalidade, pois o emprego ou a colocação ocupacional muitas vezes não se efetivava. A reparação do dano também era excepcional, dada a situação de pobreza dos condenados (MIOTTO, 1992).

Diante de todos esses problemas, os juristas, em geral, optavam pela liberação do condenado, já que a obtenção de trabalho honesto independia da vontade do preso e seu cumprimento era de difícil verificação.²⁰ Se a “terapia penal” e a disposição para o trabalho honesto não se constituíam em bases seguras para a concessão do LC, os requisitos baseados nos juízos sobre a personalidade dos condenados (índice de regeneração e cessação da periculosidade) ganhavam peso. Eles apoiariam também a institucionalização dos procedimentos técnico-científicos considerados capazes de formular esses juízos objetivos

¹⁹ Sobre a necessidade do exame criminológico para a progressão da pena de todos os presos, afirmava-se na década de sessenta que os “carcereiros [de cadeias públicas do interior] não têm idoneidade moral ou intelectual para fornecer ou dar informações para atestados de boa conduta carcerária. Os delegados, juizes e promotores das comarcas do interior não lhes cerceiam o arbítrio” e eles apresentam desvios de conduta, corrupção e outros problemas (em SILVEIRA, 1965: 432).

²⁰ Eduardo Espínola Filho adota conceitos da criminologia positivista e interpreta com rigor as formalidades processuais a partir dos princípios do direito penal. Em voto sobre pedido de LC, em que se discutia o cômputo do tempo de cumprimento da pena do trabalho do preso realizado sem o cumprimento de formalidade processual, afirmava: “não é possível deixar de computar serviços realmente prestados pelo presidiário, sob o pretexto de ter o diretor da prisão omitido o pedido de licença à autoridade judiciária, quando ao preso é vedada toda interferência no assunto, não podendo sofrer as conseqüências de uma irregularidade alheia à sua vontade e à sua possibilidade de ação...” Os funcionários sofriam com as carências materiais e humanas, devido à falta de “consideração dos outros poderes públicos” e deles se exigia até o sacrifício pessoal. Mas não se podia negar ao condenado “o único direito que é o seu incontestável, isto é, o cumprimento da pena em condições de fazê-lo capaz de voltar à sociedade não como um elemento temível e perigoso, mas como um homem útil e produtivo” (ESPÍNOLA FILHO, s.d.: 136). Vemos que a composição entre as posições humanista e positivista torna os conceitos de defesa social e regeneração “internos” aos princípios do Estado de direito.

sobre a personalidade dos condenados. Essa valorização era compartilhada por juristas positivistas e humanistas.²¹

Ao longo dos anos 1950 a 1970 criticam-se cada vez mais amplamente as concepções penais positivistas, tanto no plano internacional, como no nacional. Internacionalmente, as iniciativas das Nações Unidas no sentido de definir regras mínimas de tratamento para os presos e condenados eram acompanhadas da crítica – tanto nas ciências médicas e humanas, como no direito penal – de concepções deterministas da personalidade e da ação humanas. No plano nacional, houve iniciativas no âmbito do Ministério da Justiça e do Congresso Nacional, no sentido de se formularem normas gerais de direito penitenciário.²² Nos anos 1970, foram adotadas novas iniciativas no sentido de se considerar a pena retributiva do fato e punitiva do autor; a pena privativa de liberdade como apenas uma forma de pena entre outras; e o condenado como sujeito de direitos, deveres e responsabilidades. A concepção de regeneração modifica-se: adota-se a idéia da reintegração do condenado à vida social enquanto sujeito passivo da assistência, mas sujeito ativo de suas escolhas e condutas. A participação da comunidade na execução da pena deveria ser incentivada e deveriam ser adotadas medidas de apoio às vítimas e suas famílias (MIOTTO, 1992: 106-116). Dessas iniciativas do Ministério da Justiça resultou a Lei 6416/77, que reformulou o sistema de penas e o uso da prisão provisória, sendo alterada pela nova Parte Geral do Código Penal e pela Lei de Execuções Penais (LEP), de 1984.

A nova Parte Geral do Código Penal introduziu importantes mudanças na sistemática das penas, ao eliminar a noção de periculosidade, extinguir a medida de segurança como forma autônoma de reação penal e adotar novas modalidades de penas, sendo mais rigorosa em alguns casos e mais individualizada em outros, com as penas fixadas segundo as características de cada infrator. Quanto à pena de prisão, o sistema adotado caracteriza-se como progressivo-regressivo, podendo o condenado passar de um regime a outro, em ambos os sentidos, segundo avaliação individualizada de seu “mérito”. A palavra mérito tem aqui um sentido mais amplo que o usual, pois significa a avaliação dos antecedentes e da personalidade do condenado mediante exames realizados pelas Comissões Técnicas de Classificação (CTC) e Centros de Observação Criminológica.²³ Assim, não se trata da

²¹ Como se verifica com a comparação das obras de A. Bruno e E. Espínola Filho, previamente citados.

²² Em continuidade com a proposição de Candido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, que elaboraram em 1934 um projeto de Código Penitenciário para o país.

²³ A esses órgãos cabe realizar exame criminológico nos condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto para classificá-los, com o objetivo de orientar a individualização da execução penal, elaborar e acompanhar a execução do programa individualizado de execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, propor à autoridade as progressões, regressões ou conversões dos regimes, e pesquisas criminológicas para orientar o juiz na escolha do regime prisional (LEP, arts. 5 a 8 e 96 a 98).

avaliação moral do crime, mas do exame da personalidade do indivíduo, baseada na suposição de que esta é o determinante causal do crime. Ou seja, a pena de prisão incorpora a medida de segurança, concebida como tratamento de determinadas categorias de criminosos (I. Abi-Ackel, *apud* FRY e CARRARA, 1986: 51-3).

Em relação ao LC, várias mudanças ampliaram sua utilização. Quanto aos requisitos objetivos, reduziu-se o tempo da pena para dois anos, admitiu-se a soma de condenações menores e reduziu-se o prazo de cumprimento da pena (um terço para os condenados primários com bons antecedentes e dois terços para os reincidentes). Quanto aos requisitos subjetivos, passou a ser suficiente o comportamento carcerário satisfatório do condenado.²⁴ O requisito da ausência ou cessação da periculosidade foi traduzido na “constatação de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir”, para os condenados por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A constatação seria realizada por exame criminológico do liberando, realizado pela CTC.

Assim, se as leis de 1984 adotaram princípios diferentes daqueles dos Códigos dos anos 1940, construíram-se ainda no campo comum das concepções humanista e positivista do direito penal. Manteve-se a suposição de que a determinação das condutas delituosas resulta de características da personalidade dos “criminosos” e da necessidade de se investir em procedimentos técnico-científicos capazes de produzir juízos “objetivos” sobre a conduta do condenado. A LEP realiza, pois, as propostas dos positivistas que, desde os anos 30, defendiam a criação de órgãos técnicos em todos os estabelecimentos penais para examinar os condenados. Apesar de algumas distinções quanto às técnicas e os saberes utilizados, o exame criminológico e o de periculosidade têm o mesmo objeto e objetivo: observar os condenados, classificar sua personalidade e prever as suas condutas.

Em nome da segurança das decisões judiciais e da defesa social, a jurisprudência passaria a considerar obrigatório o exame criminológico, para a progressão da pena do regime fechado para o semi-aberto ou aberto e para o livramento condicional, reinterpretando como regra geral as situações previstas no art. 112 da LEP e no art. 83, parágrafo único do CP-1984.²⁵ O exame criminológico tornava-se, pois, o procedimento técnico institucionalizado que fornecia as bases para juízos objetivos sobre a personalidade do liberando e prognósticos

²⁴ Mantiveram-se os requisitos do bom desempenho no trabalho carcerário e a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, e da reparação do dano causado, salvo a impossibilidade de fazê-lo.

²⁵ Ver decisões no trabalho de Álvaro Mayrink, notas 22 a 24.

sobre seu comportamento, considerado necessário para a enunciação do julgamento jurídico de pedidos de LC e progressão da pena.²⁶

A defasagem entre o modelo imaginado pelos juristas e reformadores da legislação penal e das prisões, e a prática das instituições está presente no debate sobre o LC ao longo do período tratado. A falta de condições institucionais levou juristas e administradores a deixarem de utilizar as regras do LC em toda sua dimensão. Também consideravam pouco confiáveis as informações necessárias para a aplicação do instituto e, se acolhiam juízos sobre os presos, formulados por funcionários menos preparados, duvidavam de seu teor. Essa situação levou-os a apostar nos procedimentos técnico-científicos para elaboração de juízos “objetivos” sobre a personalidade dos presos e para sentirem-se mais seguros em suas decisões. No entanto, tais procedimentos técnico-científicos acabam por aprofundar o nível de arbítrio nas relações entre administração e presos, contribuindo para manter a prisão como espaço de punição exemplar, ao contrário do que desejavam os reformadores.

Essa situação traz importantes conseqüências para presos e administradores. Entre os primeiros, a percepção de que as decisões sobre a concessão de benefícios são incompreensíveis, deixando-os sem saber como melhor conduzir-se na prisão. Se, para os presos, as regras da administração são misteriosas e incertas, para o sistema a maior quantidade de exigências para a concessão do LC acaba por provocar aumento da população prisional, expondo, cada vez mais, a caótica situação das prisões.

O quadro apresentado acima aponta para a atualidade do pensamento dos criadores do LC no Brasil, que defendiam a adoção de critérios claros e aplicados de forma generalizada aos presos, como forma de tratamento compatível com os princípios do Estado de Direito. As regras gerais e claras permitiriam que os presos criassem uma expectativa razoável de obter o LC, passando a perseguí-lo racionalmente. Enfim, esperava-se que o instituto tivesse conseqüências positivas sobre as relações sociais na prisão, assim como reforçasse os compromissos do preso no momento da liberdade.

²⁶ Para que o preso “possa adquirir o direito à medida do livramento condicional é necessário que o Estado tenha o indicador técnico-científico da cessação de sua periculosidade para aceitar o risco de conceder a sua liberdade antecipada, a fim de defender o próprio agravado [o preso] no processo de reinserção social e a defesa social da comunidade diante da recidiva”. A perícia biopsicossocial do condenado deverá ser realizada por “uma equipe multidisciplinar técnico-científica, pois só uma perícia correta poderá dar patamar seguro para que o d. Juiz penal da execução possa decidir o caso concreto com fundamento *científico*” (TACRIM-RJ, Agravo 95, rel. Álvaro Mayrink da Costa, julgado em 26/6/90). Note-se que o exame é considerado medida em defesa do próprio preso, o qual, supõe-se, irá reincidir até que seja produzida evidência científica em sentido contrário.

Bibliografia

- ALMEIDA, Candido Mendes de. *Anotações ao Código do Processo Penal para o Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.
- _____. (dir.). Relatório do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (1924/1926). *Pandectas Brasileiras*, v. 2, 1º semestre de 1927, pp. 74-87.
- _____. (org.). *10^e Congrès Pénal et Penitentiaire International de Prague. Contribution du Brésil: Rapport et conclusions approuvés dans les sessions plénières de la Conférence Pénale et Pénitentiaire Brésilienne, réunie à Rio de Janeiro en juin 1930 et contributions générales*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930.
- _____. *Novas Reformas Penaes: suspensão da execução da pena e livramento condicional*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.
- _____. *Relatório do 10º Congresso Penal e Penitenciário realizado em Praga em agosto de 1930*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.
- _____. Injustiças Sociais – A finalidade dos Conselhos Penitenciários no Direito Penal moderno brasileiro. *Revista de Direito Penal*, v. 1, 1934, pp. 173-8.
- ALVAREZ, Marcos Cesar. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil (1899-1930)*. Tese de doutorado em Sociologia. São Paulo: FFLCH/USP, 1996.
- ANDRADE, Vera. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ARAÚJO, J. A. Correa de. *Os Novos Horizontes da Justiça Criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Jacintho, s.d.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte, de 15.02.1874. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 35, 2001, pp. 261-295.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal I – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, T. 3º. Pena e Medida de Segurança, 2ª ed, 1966.
- CARVALHO, Salo (org.) *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2002.
- CARVALHO, Salo. *Uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumens, 2001.
- COSTA, Armando. *Livramento Condicional*, Rio de Janeiro: Ed. Livraria Jacintho, 1934.
- DIAS & ANDRADES. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Limitada, 1984.
- ESPÍNOLA FILHO. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Editora

Rio, Vol. VII – Comentários aos art. 647-695., 5^a ed., s.d.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*. Rio de Janeiro: Ed. Record, vol. III – Noções Gerais, Interpretação da lei penal, Extradicação. 3^a ed. atualizada, 1961.

FRANCO, Ary Azevedo. *Livramento Condicional*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco Filho, 1931.

FRY, Peter e CARRARA, Sérgio. As Vicissitudes do Liberalismo no Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n° 2, vol. 1, out. de 1986, pp. 48-54.

GUINDANI, Miriam K. Prisão: a expressão de uma violência difusa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim- Revista dos Tribunais, 2000, pp.189-197.

KOERNER, Andrei. O Impossível Panóptico Tropical-escravista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 35, jul.-set. de 2001, pp. 211-224.

_____. Judiciário, juizes e Prisões em São Paulo nos Anos Noventa. In: *Anuário Direito e Globalização, 2000/1: Impactos da Globalização. Ordem jurídica do Mercosul. Controle. Justiça. Direitos fundamentais*. Atas do Seminário do GEDIM (Grupo de Estudos dos Direitos do Mercosul). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. “Execução Penal”. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MUAKAD, Irene. *Prisão Albergue*. São Paulo: Cortez, 1984.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. O livramento condicional e a nova parte geral do Código Penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 631, 1988, pp. 275-80.

RAO, Vicente. *Primeiro decênio do livramento condicional no Brasil e do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*. São Paulo: Ed. Candido Mendes Jr., 1934.

SILVA, Antônio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Vol. II, 1938.

SILVEIRA, Alípio. *Estabelecimentos Penais e o Júzo das Execuções Criminais*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1965.