

Revisão Bibliográfica
Alexis Couto de Brito

Coordenação Operações de Conteúdo
Alexis Couto de Brito

Equipe de Planejamento Editorial: Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho e Henderson First

Editoria
Alexis Couto de Brito

Assessoria de Edição
Alexis Couto de Brito

Revisão Editorial: Amanda Queiroz de Oliveira, Ana Beatriz de Melo Cyrino, Camila Amadi Bonfim Rosa, Erica Akoe Hashimoto, George Silva Melo, Georgia Renata Dias e Ivo Shigueru Tomita

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Diagramação: Andréia Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa
Renata Costa Palma e Rosângela Maria dos Santos

Assistentes: Cibele Souza Mendes e Karla Capelas

Edição Eletrônica
Alexis Couto de Brito

Equipe de Editoração: Adriana Martins, na Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica
Alexis Couto de Brito

Diagramação
Alexis Couto de Brito

Assessoria: Rafael da Costa Brito

ALEXIS COUTO DE BRITO

EXECUÇÃO PENAL

3.^a edição
revista e atualizada

De acordo com a Lei que disciplina o uso de perfil genético como forma de identificação criminal (Lei 12.654/2012)

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Brito, Alexis Couto de
Execução penal / Alexis Couto de Brito. -- 3. ed rev., ampl. e atual. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.
Bibliografia.
ISBN 978-85-203-4808-6
1. Execução penal - Leis e legislação - Brasil 2. Penas - Leis e legislação - Brasil I. Título.

CDU-343.8(81)(094)

Classificação: 1. Brasil : Leis : Execução penal : Direito penitenciário 2. Direito penitenciário 343.8(81)(094)

DEVERES VIII

Na execução, como destaca Florian, existem direitos e deveres de que são sujeitos o Estado e o condenado: se o primeiro tem o direito de executar a pena e o segundo o dever de sofrê-la, o Estado tem o dever de não exigir mais do que a sentença e a lei reclamem, e o condenado o direito de não sofrer mais restrições ou limitações que as estabelecidas (*Elementos de derecho procesal penal*, p. 473).

Em outras palavras, como "contrapartida de tais direitos que outorgam ao recluso a segurança jurídica, tem este o dever de observar o disposto pelas leis ou regulamentos da execução penal e cumprir sua condenação com completa submissão ao que estes disponham. O recluso e o Estado têm, ambos, direitos e deveres que, para sua constância, observância e garantia, terão de estar especificados em leis e regulamentos" (CUELLO CALÓN. *La moderna penologia*, p. 264).

O primeiro e principal dever do condenado é cumprir a pena que lhe foi imposta. É essencial para a boa ordem e disciplina da vida em comum do estabelecimento penal que o recluso obedeça às normas legais, regulamentares e regimentais, de que deverá ter conhecimento na admissão no estabelecimento (ALBERGARIA. *Comentários à lei de execução penal*, p. 68).

Os seguintes deveres estão enumerados no art. 39 da LEP:

- I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

- IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI – submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X – conservação dos objetos de uso pessoal.”

As Regras Mínimas preconizam que o detento, assim que ingressar no estabelecimento, deverá receber informação escrita sobre o regime e as regras disciplinares do lugar, dos meios autorizados para se informar sobre seus direitos e obrigações e formular pedidos. Se for analfabeto, deverá receber estas informações verbalmente.

Esta orientação foi seguida, de forma simplória, pelo art. 46, ao dispor que o condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares. O dispositivo da lei não foi redigido com o devido cuidado, pois faz referência apenas ao condenado e desnecessariamente ao denunciado, esquecendo-se do preso provisório recolhido à cadeia por uma das espécies de prisão processual (Preventiva, Temporária, Flagrante).

As informações sobre os deveres e obrigações deveriam ser passadas formalmente ao que ingressa no sistema carcerário, seja condenado ou provisório, reincidente ou primário. A formalidade deveria incluir, obrigatoriamente, a entrega da transcrição dos arts. 39 a 43, mediante recibo do preso, para se ter certeza da entrega. Também deverá receber informação sobre o regimento interno do estabelecimento, sobre as regras de sua conduta, direitos e deveres, e orientação de como usá-los. Na biblioteca do estabelecimento deverá haver exemplares da Lei de Execução Penal, das normas regulamentares e do Regimento Interno (ALBERGARIA. *Comentários à lei de execução penal*, p. 68).

Além de incorrer em falta grave, que poderá variar entre os graus leve, médio e grave, o detento ainda poderá responder penal e civilmente pelo que praticar. Algumas infrações aos deveres podem constituir crime, como é o caso do desrespeito aos servidores caracterizar Desacato (Código Penal, art. 331) ou o não atendimento com violência à ordem da autoridade configurar Resistência (Código Penal, art. 329). Outras repercussões são os danos ao patrimônio público no caso de fugas que danifiquem estruturas do estabelecimento penal (CP, art. 163, parágrafo único, III).

A indenização da vítima somente terá valia caso o condenado possua condições financeiras para tal, ou o Estado disponibilize o trabalho carcerário, pelo qual receberá uma remuneração que poderá ser destinada ao pagamento dos danos causados pelo delito.

As demais regras de higiene e urbanidade justificam-se pela necessidade de convivência em um ambiente muito restrito e que poderá ter uma duração prolongada. Dos itens relacionados pela lei, a indenização ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção (item VIII), parece-nos que merece alguma atenção.

Uma primeira leitura rápida do dispositivo poderia levar a conclusão de que o preso deverá pagar por sua “estadia” no estabelecimento penal, já que deve indenizar o Estado pelas “despesas com sua manutenção”. Este entendimento realmente pode ser encontrado em alguns autores. Todavia, não há muito sentido em se cobrar da pessoa presa a “estadia” em um sistema que lhe é imposto por força da sentença condenatória para o cumprimento de uma política pública definida pelo Estado, e que pelo monopólio do *jus puniendi* somente poderá ser executada oficialmente. A execução da pena e de seus incidentes é tarefa estritamente pública, ainda que se possa pensar em uma administração parcialmente privada. Sempre defendemos que uma melhor forma de se interpretar tal dispositivo seria relacioná-lo efetivamente à ideia de indenização como compensação por atos ilícitos provocados.

Neste sentido segue o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto 6.049/2007) quando, reescrevendo os deveres do preso em seu art. 38, praticamente copia a Lei de Execução Penal, mas não reproduz o dispositivo em comento, alterando sua redação no sentido aqui defendido: “VII – indenizar o Estado e a terceiro pelos danos materiais a que der causa, de forma culposa ou dolosa”.

A restrição da liberdade é uma medida excepcional, e a mais violenta intromissão do Estado na vida do cidadão. Esta relação jurídica Estado/preso deve ser minuciosamente regulada, daí a tentativa da Lei de Execução Penal de explicitar os deveres do preso, como vimos no capítulo anterior. Da mesma forma, enumera um rol de direitos, muito mais para reafirmá-los do que para exauri-los, já que todos os direitos que não estejam prejudicados pela restrição da liberdade serão mantidos.

Foi-se o tempo em que a prisão deveria ser considerada como um suplício. A evolução da execução puramente administrativa para um processo jurisdicional passou a garantir a observância de direitos, mantendo a situação de cidadão do recluso. Portanto, é certo que atualmente o condenado que recolhido à prisão cumpre sua pena não só tem deveres, mas é também sujeito de direitos que terão que ser reconhecidos e amparados pelo Estado. Na correta formulação de Cuello Calón, o recluso não é um *alieni juris*, não está fora do direito, mas sim em uma relação de direito público com o Estado e, descontados os direitos perdidos ou limitados pela condenação, sua condição jurídica é igual a das pessoas não condenadas (*La moderna penologia*, p. 262).

O Estado não possui uma alforria incondicionada concedida em nome do combate ao crime ou da manutenção da ordem pública. Ao assumir a competência para aplicar e executar a pena cria uma relação jurídica penitenciária, com direitos e deveres recíprocos para o condenado e para o Estado. Jason Albergaria nos narra que estes direitos e deveres derivam da sentença. O autor também concorda que o Estatuto da Execução Penal, ao colacionar certo número de direitos, parte da ideia de destaque. Além dos direitos civis, a Lei de Execução Penal enfatiza os chamados

“direitos penitenciários”, direitos estes que correspondem às obrigações da Administração Penitenciária, previstas em forma de assistência (ALBERGARIA. *Comentários à lei de execução penal*. p. 70-71).

Os direitos garantidos a qualquer cidadão brasileiro – *uti cives* nas palavras de Albergaria – são conservados pelos encarcerados, exceto os que expressa ou necessariamente são retirados pela lei ou pela sentença (*Comentários à lei de execução penal*. p. 71). Nesse rol mantido estão incluídos os direitos civis, sociais, trabalhistas bem como todos os inerentes à pessoa humana, preconizados pela lei nacional ou por tratados internacionais. Os direitos radicados na natureza humana como “direito à vida e à integridade física e moral, à dignidade humana, à intimidade, à liberdade religiosa” (*op. cit.*, p. 71-72) pertencem a todos os seres humanos, indistintamente. Em suma, deve-se respeitar aquela parte da personalidade humana não atacada pela pena (LEONE. *Manuale di diritto processuale penale*. p. 755).

Não nos parece muito feliz o eco desatento de autores como Paulo Lúcio Nogueira que se referem aos “direitos humanos do condenado”, como uma espécie ou subtítulo pejorativo. Este autor consegue vislumbrar procedência em reclamações contra o “exagero, com críticas aos defensores desses direitos do condenado, que estariam esquecidos dos direitos das vítimas e da sociedade e dos próprios deveres do condenado, que também devem ser exigidos” (*Comentários à lei de execução penal*. p. 55).

Existe – e deve existir – um rol de direitos considerados mínimos e inerentes a toda natureza humana. E sendo esta natureza algo único, sem divisões em qualquer tipo de casta, não podemos aceitar a colocação de um predicativo, tanto mais quando sua função é deturpar a natureza destes direitos e sua importante conquista, elaborada a duras e sofridas penas. Reconhecer a existência de “direitos humanos dos presos” ou “dos livres”, “dos pobres”, “dos ricos”, e assim por diante é autorizar tacitamente a instalação de regimes despóticos que, liderados pelo representante de certa casta, renegue a natureza humana do seu semelhante.

Não é de hoje que urge a necessidade de se ultrapassar o entendimento desumano de que “a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais” (FRAGOSO, CATÃO E SUSSEKIND. *Direitos dos presos*. p. 31).

Com a costumeira maestria, Edmundo de Oliveira lembra-nos que a vida carcerária não pode subestimar a condição de homem do condenado, e a perda de alguns de seus direitos não pode significar uma morte civil (*Direitos e deveres do condenado*. p. 2). Por outro lado, não adiantará simplesmente enumerar-lhe direitos, sem garantir-lhe o respeito e formas de exercício e exigência da autoridade competente. “Por não ter meios de exigir um tratamento adequado, o preso se sente inseguro e envolvido pela subcultura da marginalização. A síndrome carcerária, a desanimação, a revolta, os motins e tentativas de fugas são decorrentes da impossibilidade de se tornarem exequíveis as condenações às penas privativas de liberdade e às medidas de segurança

detentivas, sob a égide da legalidade e da humanidade. O preso tem consciência de que se sua condição social fosse outra, certamente não estaria na prisão, como normalmente não estão os mais prósperos” (OLIVEIRA, *Direitos e deveres do condenado*. p. 34).

O Estado não pode descuidar do autocontrole na fiscalização e garantia do respeito a esses direitos, pois, como bem afirma Heleno Fragoso, a “clientela” do sistema é composta de pobres e desfavorecidos que, verdadeiramente, não têm condições de pleitear seus direitos (*Direitos dos Presos*. p. 27).

Dissertamos no Capítulo VII sobre o trabalho, e de como a Lei de Execução Penal deve ser interpretada à luz da Constituição Federal. Uma perspectiva pouco explorada é a do trabalho como um direito e entendemos ser um lamentável descaso seu degredo do capítulo da lei em análise.

A rigor, apenas os direitos relacionados com a locomoção do preso estariam suspensos enquanto durasse a pena de prisão e, ainda assim, cumprindo-se a pena em regime fechado. Retirar do preso outros direitos desvinculados à liberdade de locomoção seria aplicar-lhe uma pena “suplementar não prevista em lei” (MIRABETE. *Execução Penal*. p. 41).

1. Direitos constitucionais fundamentais

O art. 5.º da Constituição Federal assegura direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros, e alguns especificamente direcionados ao restringido em sua liberdade. Em uma leitura do texto, podemos separá-los em categorias didáticas: *quanto à pena, quanto à prisão e quanto ao condenado*.

1.1 Quanto à pena

No art. 5.º encontramos os seguintes incisos:

“XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena (...);

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis”.

A pena é uma sanção aplicada com extrema personalidade. Isto significa que somente o autor do delito, e mais ninguém, deveria sofrer sua consequência direta. Falamos de consequência direta porquanto sabemos que invariavelmente as pessoas próximas ao condenado também sentirão a condenação, indiretamente. Esta é a disposição constitucional que afirma que a pena não deverá passar do condenado. Cezar Roberto Bitencourt critica a redação do inciso porquanto permite a transcendência da pena de perdimento de bens, o que violaria o princípio da personalidade.

A individualização tem por fundamento a natural diferença de cada condenado diante de suas particularidades, circunstâncias do delito, assimilação do tratamento, e que devem ser consideradas pelo juiz da execução no sistema progressivo instituído pela Lei de Execução Penal. A progressão, a concessão de benefícios e saídas temporárias, a regressão etc., sofrerão influência direta do atendimento do condenado aos fins da execução penal.

Quanto às penas desumanas e degradantes, a única ainda permitida no país é a pena de morte, restrita aos casos de guerra declarada. A legislação nacional não poderá expandir as situações de pena de morte além das previstas no Código Penal Militar, enquanto formos signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4.º, item 2). As demais (perpétua, trabalhos forçados, banimento ou cruéis) não poderão integrar em nenhuma hipótese o ordenamento nacional na vigência da atual Constituição Federal, por sua proibição constituir direito fundamental predicado como cláusula pétreia.

1.2 Quanto à prisão

O momento da entrada no cárcere pode se dar por necessidade processual, como nos casos de prisão em flagrante, temporária ou preventiva, ou em virtude de uma pena a cumprir, após a sentença condenatória final. Neste específico momento o art. 5.º da CF enuncia os seguintes direitos:

- “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
- LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
- LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

- LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
- LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
- LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Ao receber uma pessoa para restringir-lhe a liberdade, a autoridade competente ou o servidor responsável pelo estabelecimento deverá exigir a ordem escrita do juiz, ou da Autoridade Policial especificamente nos casos de prisão em flagrante. O recolhimento de qualquer pessoa sem estas cautelas sujeitará o descuidado à imputação de crime de Abuso de Autoridade, previsto na Lei 4.898/1965. A ressalva aos casos de infração militar ou crime propriamente militar também não goza de absoluta exclusão, e havendo flagrante constrangimento ilegal deverá ser combatida pela via do *Habeas Corpus*.

Por tal motivo, a Carta Política também obriga aos responsáveis por sua prisão que se identifiquem.

A comunicação da prisão será feita em qualquer caso (provisória ou definitiva), pois a Constituição não as diferencia. No caso de prisão em flagrante, por expressa previsão do art. 306 do CPP, o juiz deverá ser imediatamente comunicado. Não possuindo família, qualquer outra pessoa deverá ser avisada. A natureza do dispositivo é garantir que se o caso concreto exigir providências imediatas, o preso não sofra restrição maior do que o necessário. Assim, *e.g.*, o familiar ou a pessoa indicada poderá efetuar o pagamento da fiança, requerer liberdade provisória ou até mesmo impetrar o remédio heroico do *Habeas Corpus*.

1.3 Quanto ao preso condenado

A preocupação da Constituição Federal especificamente quanto ao preso condenado mereceu a redação de quatro incisos do art. 5.º:

- “XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
- XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
- L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- (...)
- LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Ao falarmos dos sujeitos passivos da execução penal (Capítulo V) destacamos a importância da classificação e separação dos presos, conforme suas particularidades jurídicas e pessoais, para a viabilização de qualquer programa educacional ou de reinserção.

Ao proferir a sentença e aplicar a pena, o juiz da causa, atendendo à culpabilidade do agente, determina o montante da sanção que julga necessária e suficiente ao réu. A permanência indevida ou superior ao tempo estabelecido demonstra abuso por parte do Estado, e dá margem à indenização do prejudicado. A regra é a da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais que pratica, mas em casos de abuso ou erro injustificado, como absolvição por revisão criminal, juiz que atuou com dolo ou fraude, juiz que retarda, omite ou recusa determinada providência de ofício etc., estará obrigado a indenizar moral e materialmente a pessoa atingida, no caso, o condenado (art. 9.º da Lei 4.898/1965).

Embora a Constituição proteja a integridade física e moral do condenado, recentemente foi instalado e posteriormente legitimado o Regime Disciplinar Diferenciado, reprimição deturpada e piorada do *silent system* característico do sistema pensilvânico, e que há mais de 150 anos foi predicado de desumano. Neste regime disciplinar o condenado considerado “perigoso” é completamente isolado dos demais em cela forte, e com direitos de visitação e informação restringidos. A submissão a este tratamento pode causar problemas de ordem psicológica, comprovados ainda no tempo do citado regime pensilvânico, e que por tal motivo foi abandonado. No Capítulo X, item 7, teceremos melhores considerações sobre o instituto.

Todavia, outros dispositivos têm uma incidência direta sobre o preso, embora não tenham sido elaborados com esta finalidade específica:

“III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

2. Direitos das Constituições Estaduais

Alguns Estados da federação não dispensaram atenção especial ao condenado, como é o caso dos estados do *Acre, Alagoas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Pernambuco e Rondônia*.

Em outras Constituições estaduais observamos especial atenção, por meio de alguns artigos ou até mesmo capítulos inteiros sobre a política penitenciária.

A constituição do Estado de *São Paulo* possui apenas duas referências. Uma em seu art. 143, que mantém uma previsão genérica de obediência às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos. No mesmo artigo, garante a defesa técnica nas infrações disciplinares, algo que na prática foi sempre muito desrespeitado. A segunda, prevista no art. 105, afirma que o Poder Executivo “manterá, no sistema prisional e nos distritos policiais, instalações destinadas ao contato privado do advogado com o cliente preso”.

A Constituição do Estado do *Rio de Janeiro* (art. 27) prevê que o Estado garantirá a dignidade e a integridade física e moral dos presos, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando o direito de visita e de encontros íntimos a ambos os sexos, assistência médica e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso a dados relativos ao andamento dos processos em que sejam partes e à execução das respectivas penas. O destaque é a previsão – única no país – da garantia de visitas íntimas.

Quanto às mulheres, o estabelecimento deverá contar com creche e atendimento por pessoal especializado para menores até a idade de seis anos.

Outra disposição louvável é sobre o trabalho, profissionalizante, produtivo e remunerado no mesmo padrão do mercado livre. O trabalho será administrado e exercido

em unidades prisionais, industriais e/ou agrícolas, com lotação carcerária máxima de *duzentos homens*. Sempre que possível, o Estado utilizará o trabalho dos presidiários na produção de bens de consumo e de serviços do próprio Estado.

Outra preocupação é com seu retorno à vida livre em condições de subsistência, e garantia de direitos trabalhistas, sendo lícito aos presidiários optarem pelo recolhimento à Previdência Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para os efeitos da seguridade social, para quando voltarem à liberdade ou para proveito dos seus dependentes.

A constituição estadual ainda prevê como falta grave a conduta do servidor que sendo responsável por qualquer órgão público, seu preposto ou agente, impeça ou dificulte, sob qualquer pretexto, a verificação imediata das condições da permanência, alojamento e segurança para os que estejam sob guarda do Estado, por parlamentares federais ou estaduais, autoridades judiciárias, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, representantes credenciados da Ordem dos Advogados do Brasil, ou quaisquer outras autoridades, instituições ou pessoas com tal prerrogativa por força da lei ou de sua função.

Existe também a previsão de que o preso por pequeno delito considerado réu primário não poderá ocupar celas com presos de alta periculosidade ou já condenados.

Na Constituição do *Amapá*, em seu art. 5.º, X, encontramos apenas a repetição dos princípios da Constituição Federal, e a previsão da existência de um livro de registro contendo a relação integral dos internos em todas as delegacias, penitenciárias, estabelecimentos prisionais e casas de recolhimento compulsório, de qualquer natureza, sob pena de responsabilidade de seus diligentes.

A Constituição do *Amazonas*, art. 3.º, §11, preconiza que o sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e a integridade física, psíquica e moral dos presidiários, assegurando-lhes assistência espiritual e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso à informação sobre os fatos ocorrentes fora do ambiente carcerário, bem como aos dados relativos à execução das respectivas penas. Às presidiárias será assegurado estabelecimento próprio e, especialmente, condições para que seus filhos possam permanecer com elas durante o período de amamentação.

Na *Bahia*, o art. 4.º da Constituição estadual protege a integridade física, assistência médica, jurídica e espiritual (com liberdade para o acesso do ministro de confissão religiosa), aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso a informações sobre os fatos ocorridos fora do ambiente carcerário, bem como aos dados relativos ao andamento dos processos de seu interesse e à execução das respectivas penas, instalações salubres e adequadas que resguardem sua privacidade, e às mães serão proporcionadas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Expressamente o inciso X garante que ficam preservados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

A constituição do *Espírito Santo* dedica todo um Capítulo à política penitenciária (art. 132 a 134). Como centro da política penitenciária estadual as ações tendentes a assegurar a promoção e a valorização do indivíduo encarcerado, sua reintegração social, a garantia dos seus direitos e a defesa de sua integridade física, psíquica e mental no período de cumprimento da pena.

Houve preocupação com a participação da sociedade como fator essencial da reinserção social. É expressamente assegurada, na forma da lei, a participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação da política penitenciária estadual.

A assistência material garante, ao detido, celas condignas para o cumprimento da pena, em quaisquer dos regimes previstos na legislação federal; assistência jurídica, médica, odontológica, farmacêutica e psicossocial; aprendizado profissional e trabalho produtivo com remuneração justa; visita e convívio com os familiares, na forma da lei; alimentação condigna e higiene; educação, desporto e lazer; cultura e respeito aos seus valores e manifestações étnico-culturais; assistência religiosa, respeitada a opção de cada presidiário; e respeito à individualidade, vedada a identificação pessoal por número. Às mulheres, em especial, serão asseguradas assistência pré-natal, assistência psicossocial e creches para seus filhos, e condições para permanecerem nos presídios com seus filhos durante o período de amamentação. A assistência não despreza o preso ainda não sentenciado que em quaisquer das unidades dos órgãos estaduais de segurança pública terá garantida, gratuitamente, assistência jurídica, psicossocial, médico-odontológica, farmacêutica e religiosa, quando requerida, além do irrestrito respeito à sua integridade física, psíquica e moral.

Os estabelecimentos penais serão diferenciados e apropriados à natureza do delito, às condições físicas, psíquicas, ao sexo, às características e aptidões do apenado e as colônias penais serão instaladas respeitando-se as peculiaridades do local. Ao sentenciado é constitucionalmente assegurado o direito de ser recolhido de imediato a estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena.

Verifica-se também a *natureza jurisdicional do processo de execução*. Para garantia dos direitos do presidiário, todo estabelecimento penal ou prisão estarão sujeitos à jurisdição do magistrado competente.

Em *Goiás*, a constituição também dedica um capítulo à Política Penitenciária (art. 126), que terá como objetivo a humanização do sentenciado, fundada no trabalho manual, técnico, científico, cultural e artístico. Deverá respeitar a dignidade e a integridade física e moral dos presos, assegurando-lhes o pleno exercício dos direitos não atingidos pela condenação. A assistência médico-odontológica, psicológica e jurídica

devem ser garantidas. Também concede especial atenção ao trabalho como fator de reintegração social, com caráter produtivo, condignamente remunerado, e que possa gerar bens de significativo valor social para as comunidades de onde provenham. As mulheres, presídios femininos equipados com lactários, berçários e creches.

O art. 10, XVIII, da Constituição estadual do *Mato Grosso* assegura a indenização integral ao condenado por erro judiciário e àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença. No capítulo dedicado a Coordenadoria do Sistema Penitenciário (arts. 85 a 90), repete o objetivo de humanização, reeducação, reintegração social e ressocialização dos "reeducandos", fundada no trabalho manual, técnico, científico, cultural e artístico, respeitando a dignidade e a integridade física dos presos, assegurando-lhes o pleno exercício dos direitos não atingidos pela condenação. Garante a assistência odontológica, psicológica e jurídica para os condenados e aos presos provisórios, e todo preso, qualquer que seja sua condição, será submetido pelo órgão competente, semestralmente, a exame completo de saúde, adotando-se imediatamente as medidas necessárias. Será garantido ao preso acesso às informações prestadas pelos meios de comunicação social e a sua situação judiciária.

Ressalte-se a importância dispensada ao trabalho e a participação de entidades privadas no processo. A Constituição preconiza oportunidades de trabalho produtivo, condignamente remunerado, que possa gerar, a baixo custo, bens de significativo valor social para as comunidades de onde provenham. Para atingir este escopo, serão estabelecidos programas alternativos de educação e trabalho remunerado em atividade industrial, agrícola e artesanal, por meio de convênios com entidades públicas ou privadas.

A Constituição do Estado de *Minas Gerais*, apenas em seu art. 4.º, § 7.º, garante ao "presidiário" o direito a assistência médica, jurídica e espiritual, aprendizado profissionalizante e trabalho produtivo e remunerado, acesso a notícia divulgada fora do ambiente carcerário, acesso aos dados relativos à execução da respectiva pena, e creche ou outras condições para as mulheres em fase de amamentação.

No Estado do *Pará*, o art. 301, a exemplo de outras condições, dispõe que a política penitenciária do Estado tem como objetivo a reeducação e a reintegração moral e social dos presos, devendo priorizar a manutenção de colônias penais agrícolas ou industriais com o objetivo de promover a escolarização e a profissionalização dos presos. Os presos deverão cumprir a pena em locais separados pela natureza do delito, idade e sexo. As presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, devendo o estabelecimento prisional ter uma creche contígua, atendida por pessoal especializado, para menores até seis anos, garantido o acompanhamento da mãe. Todo preso terá acesso às informações prestadas pelos meios de comunicação social e, na forma da lei, o direito de receber visitas.

Na *Paraíba*, o art. 3.º, § 8.º assegura ao "presidiário" o respeito à integridade moral e física, informação de seus direitos, inclusive o de permanente assistência médica, jurídica, espiritual e familiar, e todo preso, qualquer que seja sua condição, será submetido a exame completo e periódico de saúde, com intervalo não superior a seis meses. Outros direitos previstos na Constituição Federal são repetidos como a identificação dos responsáveis por sua prisão e por seu interrogatório, acesso aos dados relativos à execução da respectiva pena, aprendizado profissionalizante e trabalho produtivo e remunerado, oferecimento de creche e de outras condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, indenização, para si ou para seus beneficiários, nos casos de lesão ou morte durante o período de pena, e acesso à notícia gerada fora do ambiente carcerário.

No *Piauí*, o art. 5.º, § 7.º assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e o § 8.º do mesmo artigo assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com os filhos durante o período de amamentação.

A Constituição do *Rio Grande do Norte* merece destaque em vários pontos. Preocupa-se, de forma especial, com a integridade física e moral do preso, e em seu art. 4.º prevê a edição de lei que adote um procedimento sumário de apuração da responsabilidade do servidor estadual civil ou militar que desrespeitar tal mandamento.

Os demais direitos serão regulados por lei complementar, que também regulará as condições de cumprimento de pena no Estado, criará Fundo Penitenciário com a finalidade de assegurar a efetividade do tratamento legal previsto aos reclusos e dispõe sobre a instalação de comissões técnicas de classificação.

Outro destaque é a previsão constitucional do Poder Judiciário, pelo Juízo das Execuções Penais, publicar, semestralmente, relação nominal dos presos, fazendo constar a pena de cada um e o início de seu cumprimento, medida que somente foi incluída na Lei de Execução Penal por meio Lei 10.713, de 13.08.2003, e ainda assim com a mesma obrigação prevista com a periodicidade de um ano.

Também se destaca na cautela com a elaboração dos regimentos internos e disciplinares dos estabelecimentos penais do Estado, que além do órgão específico, participarão o Conselho Penitenciário do Estado, o Juízo das Execuções Penais e o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Mas o principal é a observação, dentre outros princípios, dos contidos na resolução da Organização das Nações Unidas acerca do tratamento de reclusos (Regras Mínimas).

No *Rio Grande do Sul*, a Política Penitenciária vem prevista nos arts. 137 a 139, também com o objetivo de reeducação, reintegração social e ressocialização dos presos. Enuncia, como prioridades, a regionalização e a municipalização dos estabelecimentos penitenciários, a manutenção de colônias penais agrícolas e industriais e a escolarização e profissionalização dos presos. Também permite a participação de

iniciativa privada em programas alternativos de educação e trabalho remunerado em atividade industrial, agrícola e artesanal, por meio de convênios com entidades. Com a remuneração e na medida de suas possibilidades, o preso ressarcirá ao Estado as despesas decorrentes da execução da pena e da medida de segurança. As mulheres, o estabelecimento deverá dispor, em local anexo e independente, creche atendida por pessoal especializado, para menores de até seis anos de idade.

Em *Santa Catarina*, somente encontramos disposição acerca do preso no art. 4.º, III, que dispõe que o sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e integridade física e moral dos presidiários, facultando-lhes assistência espiritual e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, bem como acesso aos dados referentes à execução das respectivas penas.

Encontramos uma preocupação de elevada importância no art. 3.º da Constituição do Estado de *Sergipe*. É a única que prevê que a autoridade policial não divulgará a identidade da pessoa suspeita da prática de crime, enquanto não formalmente indiciada. A exploração inadequada e exagerada do suspeito da prática de um crime é punição ilegítima a qual se submete o sujeito e que ainda que sobrevenha absolvição, poderá jamais recuperar seu *status quo*. A constituição perdeu uma excelente oportunidade para ir além, e vedar a divulgação da identidade do suspeito enquanto não fosse condenado, pois é princípio constitucional a presunção de inocência.

O Estado também deverá garantir a dignidade e a integridade física e moral dos presos, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando-lhes o direito de visita para ambos os sexos, assistência médica e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso à informação sobre os fatos ocorridos fora do ambiente carcerário, bem como aos dados relativos ao andamento dos processos e à execução das respectivas penas, impedindo a superlotação carcerária, atendendo ao espaço vital mínimo e à lotação pré-determinada para cada estabelecimento. As mulheres estarão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Também reforça a garantia de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

O recente Estado de *Tocantins* limitou a um artigo (art. 118) e ao seu único parágrafo a menção ao seu sistema penitenciário, prevendo que o Estado garantirá a dignidade e a integridade física e moral dos presos e assegurará condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A Lei Orgânica do *Distrito Federal* (arts. 122 a 124) entrega à lei ordinária a regulamentação do sistema penitenciário, mas com a observância das regras da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos. Importante previsão é a de defesa técnica para as infrações disciplinares, o que garante a ampla defesa e o contraditório.

As mulheres, além da garantia de creche em tempo integral para os filhos de zero a seis anos e do direito à amamentação, também assegura assistência pré-natal prioritariamente e a obrigatoriedade de assistência integral a sua saúde.

Os estabelecimentos prisionais e correccionais proporcionarão aos internos condições de exercer atividades produtivas remuneradas, que lhes garantam o sustento e de suas famílias e assistência à saúde, de caráter preventivo e curativo, em serviço próprio do estabelecimento e com pessoal técnico nele lotado em caráter permanente. A lei definirá as características do serviço e as modalidades de sua integração com a rede pública de saúde do Distrito Federal.

3. Direitos da Lei de Execução Penal

Além dos constitucionalmente garantidos, outros estão previstos na Lei de Execução Penal. De uma forma geral, como um direito destacado, o art. 40 impõe a "todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Em seguida, o art. 41 enumera os direitos que devem ser respeitados quanto aos presos condenados e provisórios.

O consenso doutrinário é o de que a enumeração da Lei de Execução Penal é simplesmente exemplificativa. O enunciado do art. 3.º reza respeito a todos os demais direitos não atingidos pela sentença.

O art. 41 preconiza os seguintes direitos:

- I – alimentação suficiente e vestuário;
- II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III – previdência social;
- IV – constituição de pecúlio;
- V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI – chamamento nominal;
- XII – igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena;

- XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
- XVI – Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.”

Além desses, a Lei de Execução Penal prevê os outros direitos:

“Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz da execução.”

“Art. 82. (...)

§1.º A mulher e o maior de 60 (sessenta anos), separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.”

“Art. 83. (...)

§2.º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.”

A seguir, dedicaremos alguma atenção aos incisos que possam provocar alguma discussão.

3.1 Proteção da imagem do condenado

A estes, adicionamos a previsão do art. 198, que procura preservar a *imagem do condenado*. Dispõe o citado artigo que “é defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena”.

3.2 Lazer

Identificamos a preocupação com o *lazer*, como um direito do recluso. O *cos* *recluso* *é a* *permissão* *para a* *prática* *interna* *de* *atividades* *desta* *natureza*, *mas*, *como* *Armeda* *Bergamini* *Miotto*, “os *lazer*es não só podem mas devem constituir

um elo de comunicação, de contato, com o mundo fora da prisão, o que é de grande importância: em relação àqueles presos que, apesar do delito e da condenação, não são desajustados, como contribuição a que não se desajustem; em relação à comunidade e à sociedade, para que não se arrequeiem dos condenados, não os repilam” (MIOTTO, *Curso de direito penitenciário*. p. 508).

3.3 Visitas

Outra medida que permite a manutenção dos laços sociais e familiares é a permissão de *visita* dos parentes e amigos próximos, que mantém viva a afeição pela mulher e os filhos, e permitem ao condenado intervir na solução dos problemas domésticos, tudo o que os estimula a ter boa conduta para conseguir uma liberação antecipada ou uma redução de pena que os permita voltar o antes possível ao convívio familiar (CUELLO CALÓN. *La Moderna Penologia*. p. 498). Os reclusos têm o direito de comunicar-se com seus familiares e amigos, tanto por correspondências como por visitas. Aos de procedência estrangeira deverá ser assegurada a facilidade adequada para se comunicarem com seus representantes diplomáticos.

O preso também terá direito a receber *visitas*. Infelizmente, a lei não explica detalhadamente quais são os termos da visita a que o preso tem direito. Por isso, é muito comum que cada Estado tenha suas regras ditadas pelas Secretarias responsáveis ou mesmo pelo Departamento Penitenciário Estadual, o que é mais raro. A rigor, os regulamentos estaduais seguem praticamente as mesmas regras, que acabaram por inspirar uma regulamentação federal sobre o assunto. Assim, na falta de uma regulamentação legal, pode-se utilizar com padrão a portaria 122/2007 do Departamento Penitenciário Nacional, que disciplina o procedimento de visita aos presos nos *estabelecimentos penais federais*. Suas principais normativas são:

- Visitas, no mínimo, semanais;
- Três visitantes por preso, previamente cadastrados;
- Duração de três horas;
- Os menores deverão estar acompanhados de maiores responsáveis e, quando não forem filhos do preso, deverão estar autorizados pelo Juiz competente;
- Os presos submetidos a internação médica poderão receber *visitas* a depender das regras do hospital onde se encontrar;
- A visita poderá ser imediatamente interrompida e o visitante *retirado* do estabelecimento penal federal, no caso da prática de atos contra a moralidade pública, a segurança ou a Lei Penal, por parte do preso ou do seu visitante;

- Em caso de rebelião ou de fundada suspeita de sua iminente ocorrência, ou risco à segurança e disciplina, as visitas poderão ser suspensas por ato devidamente motivado, pelo prazo de até quinze dias, prorrogável uma única vez por até igual período;
- O preso permanecerá sem algemas, no curso da visita.

Com relação ao cadastramento e identificação dos visitantes, o diretor decidirá o pedido de cadastramento em 10 dias. Diante da previsão de deferimento pelo diretor da "regularidade" do visitante, destacamos que a portaria goza de duvidosa legalidade. Um dos documentos requeridos para o cadastramento é uma Certidão de antecedentes criminais da Justiça Estadual e Federal do domicílio. A finalidade aparentemente é preconceituosa e discriminatória, pois caso haja o registro de antecedentes criminais o cônjuge qualquer outro familiar não poderá visitar o preso? Isto acarretaria seu isolamento, sendo este seu único contato com o mundo exterior. Ainda que não fosse, o fato de possuir distribuições ou mesmo condenações não impede, por si só, que se possa cercar o direito do preso de receber a visita que mais possa lhe aproximar do mundo exterior e é este direito que deve prevalecer ainda que o visitante tenha algum tipo de registro em suas certidões. Portanto, não nos parece lícito o impedimento ao visitante com base nesta exigência, que se mostra indevida.

Outro aspecto interessante da portaria é a previsão de que "para ingressar no estabelecimento penal federal, o visitante autorizado deverá submeter-se aos procedimentos de identificação e revista", sendo que a identificação deverá se dar por "processo biométrico digital". Aparentemente, pretende-se que a identificação seja feita por um leitor biométrico, como, por exemplo, identificação dactiloscópica por leitor eletrônico.

No entanto, algo que nos preocupa é a previsão de "revista" a ser realizada nos visitantes. O Brasil ainda não proporciona uma visita de forma correta. Salvo engano, não há no país um estabelecimento prisional que possua local adequado para as visitas, e nem previsão arquitetônica para isto nos projetos já aprovados ou que servem de modelo para a construção de novos estabelecimentos. Assim, as visitas costumam ocorrer no interior dos estabelecimentos nos locais conhecidos como galerias ou pátios nos quais os presos permanecem durante o "banho de sol" ou momento de recreação. Em outros países – principalmente Estados Unidos e países da Europa – há um local determinado, específico, nos quais os presos recebem as visitas. Isto impede que os visitantes adentrem aos locais reservados ao cumprimento da pena e, principalmente, tornam absolutamente desnecessárias as revistas, bastando para tanto que os visitantes passem por detectores de metais e as encomendas por aparelhos de raio-x. E como ressalta Gustavo Junqueira, a falta de aparato tecnológico não pode resultar na imposição de tratamento degradante

aos visitantes (JUNQUEIRA E FULLER, Lei de execução penal. *Legislação penal especial*, p. 16). Havendo um lugar adequado, não há mais necessidade de se submeter as pessoas que não estão submetidas ao regime excepcional de privação da liberdade a este constrangimento indevido e assim inverte-se o procedimento: ao invés de se revistar o visitante na entrada, basta revistar o preso no momento em que retornar para as dependências internas exclusivas. A medida de segurança será a mesma – ou até mais apropriada – e a manutenção da dignidade de quem visita não será violada de modo leviano, sem justificativa, como se vem fazendo atualmente.

3.3.1 Visita virtual

O Departamento Penitenciário Nacional editou a portaria conjunta 500, de 30 de setembro de 2010, pela qual instituiu a "visita virtual" para os presos que estejam em estabelecimentos prisionais distantes de seus cônjuges, parentes e amigos. A visita será realizada através de equipamentos de informática ou videoconferência instalados no estabelecimento penal para o preso e nas unidades da Defensoria Pública da União para os visitantes.

A visita virtual será semanal, a ocorrer nas sextas-feiras, em horários previamente agendados entre a unidade da Defensoria Pública da União e a Penitenciária Federal onde o preso estiver custodiado. Excepcionalmente, a critério do Diretor da Penitenciária Federal e do chefe da unidade da Defensoria Pública da União, as visitas virtuais poderão ocorrer com maior frequência e duração, mas é evidente que não havendo fundamento para decisão administrativa a visita poderá sempre ser revista e regulada por ordem do juiz da execução penal.

Será permitida a entrada na unidade da Defensoria de até 05 (cinco) visitantes cadastrados por preso e por dia, sem contar as crianças, e dependerá da indicação ou anuência do preso.

A portaria estabelece um número máximo de 10 (dez) visitas virtuais por dia em cada Penitenciária, cada uma com duração de 30 (tinta) minutos, a serem realizadas no período de 09h às 17h, observado o horário oficial de Brasília. Entre cada visita haverá uma pausa de 20 minutos para permuta de presos e visitantes.

Existe uma previsão de que durante a visita virtual o preso permanecerá com algemas nos tornozelos, e ainda acompanhado de um Agente Penitenciário Federal. Parece-nos que a necessidade de algemas nos tornozelos é absolutamente indevida, já que o preso estará em ambiente restrito e absolutamente controlado pelo poder público.

Existe ainda a previsão de que a visita virtual poderá ser gravada se houver autorização judicial. Também poderá ser imediatamente interrompida e a autorização para participação cancelada, caso haja, no decorrer desta, a prática de crime pelo preso ou seus visitantes.

3.3.2 *Visitas Íntimas*

Em certo momento, ligado à natureza aflitiva da pena de prisão, a doutrina negava o relacionamento sexual dos aprisionados. Guglielmo Sabatini não entendia digna de acolhimento a proposta de permitir o relacionamento sexual nas penitenciárias, consentindo aos detidos a visita periódica das esposas. O Estado não poderia permitir e nem fingir ignorar tais relacionamentos, autorizando as relações íntimas (SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, p. 211).

Passada a fase de pena como penitência, o problema sexual começou a integrar os debates e a ser tratado como um verdadeiro fator desfavorável aos intuitos da execução penal. Nos anos 60 e 70, chegou a ocupar o lugar de principal destaque nos congressos e colóquios penitenciários.

Edmundo Oliveira, desapontado e sem esperanças quanto a uma solução viável da questão sexual no cárcere, com base em Roberto Lyra, admite visitas periódicas ao lar, para o cumprimento do *debitum conjugale* (*Direitos e Deveres do condenado*, p. 35). Assim, conjuntamente com o sistema de visitas íntimas, também se permitiriam certas "licenças" para visitas ao lar, periodicamente.

Parece-nos que esta solução somente poderia ser viabilizada no cumprimento do regime aberto. O Regime fechado impossibilitaria este tipo de saída, por motivos de segurança, condições materiais e ausência de disposição legal. E como muito bem notado por Eugenio Cuello Calón, na ideia de se permitir aos casados as saídas para satisfazerem seu desejo sexual, seria preciso permiti-las em tão ampla medida que despojariam a reclusão de seu sentido penal e de toda aspiração reformadora (*La Moderna Penologia*, p. 504).

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 27, garante ao preso o direito à visita íntima: "O Estado garantirá a dignidade e a integridade física e moral dos presos, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando o direito de visita e de encontros íntimos a ambos os sexos". Contudo, este é o único dispositivo legal que trata do assunto. Todas as demais regulamentações foram feitas através de atos administrativos.

A primeira providência com o escopo de regulamentar a situação foi tomada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que editou a Resolução 1, de 30.03.1999:

"Art. 1.º A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

Art. 2.º O direito de visita íntima é, também, assegurado aos presos casados entre si ou em união estável.

Art. 3.º A direção do estabelecimento prisional deve assegurar ao preso visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês.

Art. 4.º A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício.

Art. 5.º O preso, ao ser internado no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro para sua visita íntima.

Art. 6.º Para habilitar-se à visita íntima o cônjuge ou outro parceiro indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional.

Art. 7.º Incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização.

Art. 8.º O preso não pode fazer duas indicações concomitantes e só pode nominar o cônjuge ou novo parceiro de sua visita íntima após o cancelamento formal da indicação anterior.

Art. 9.º Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar ao preso, cônjuge ou outro parceiro da visita íntima sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas, de doenças sexualmente transmissíveis e, particularmente, a AIDS."

Quase uma década depois, em 27 de fevereiro de 2007, o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto 6.049) previu expressamente a possibilidade de visita íntima (art. 95), o que foi regulamentado para todos os âmbitos pela Portaria 1.190, de 19 de junho de 2008, com as seguintes características principais:

- mínimo de duas vezes por mês de cônjuge ou companheiro previamente cadastrado;
- no caso de divórcio ou separação será permitida substituição após o prazo de seis meses;
- A visita íntima poderá ser suspensa ou restringida, por tempo determinado, mediante ato motivado do Diretor, quando:
 - houver o cometimento de falta disciplinar de natureza grave, apurada mediante processo administrativo disciplinar, que ensejar isolamento celular;

- ato do cônjuge ou companheiro(a) que cause problemas à administração do estabelecimento de ordem moral ou risco para a segurança ou disciplina;
- por solicitação do preso;
- como sanção disciplinar, independentemente da natureza da falta, nos casos em que a infração estiver relacionada com o seu exercício.
- A visita ocorrerá em local adequado para esta finalidade e compatível com a dignidade humana, possuindo a duração de 01 (uma) hora.

A resolução também adotou alguns cuidados como a proibição de que os encontros sejam nas celas utilizadas pelos detentos, informações sobre o risco de doenças venéreas contagiosas, entrega de preservativos (mediante recibo).

Ainda para a visita íntima em estabelecimento federal, o Ministério da Justiça enumera em seu *website* as seguintes condições administrativas:

- Observar os dias de visita e o horário fixado para sua entrada e saída;
- Apresentar-se sóbrio, asseado e adequadamente vestido. A vestimenta deve ser de cor clara, saia ou vestido abaixo do joelho ou calça de malha ou similar, desde que acompanhadas de camisas ou blusas de comprimento adequado, bem como a roupa íntima não pode conter nenhum detalhe em metal ou confeccionado em plástico resistente;
- Substituir o calçado dos visitantes por chinélos fornecidos pela Penitenciária Federal;
- Substituir os absorventes e fraldas descartáveis fornecidos pela Penitenciária Federal;
- Apresentar a documentação exigida e prestar informações fidedignas para os trâmites de visita;
- Abster-se de introduzir ou retirar objetos, elementos ou substâncias não autorizados expressamente;
- Durante sua permanência na Penitenciária Federal as joias, bijuterias, objetos do gênero e os pertences dos visitantes ficarão guardados no armário com chave, sendo devolvidos ao final da visita;
- Não portar aparelho celular (assemelhados e acessórios como chip, bateria e carregadores);
- Respeitar a proibição de fumar no interior da Penitenciária;
- Guardar correção no trato com o pessoal penitenciário e com terceiros;
- Não danificar as instalações e o mobiliário da Penitenciária e qualquer elemento disponível para a visita;

- Acatar as orientações e determinações dos funcionários da Penitenciária para a visita;
- Manter a higiene do setor destinado à visita;
- Respeitar a segurança da Penitenciária e não realizar atos que possam acarretar indisciplina ou fuga;
- Adotar comportamento de forma que não ofenda a ordem ou a moral pública.

No Estado de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária editou a Resolução 96, de 27.12.2001, e estendeu o direito às mulheres.

Existem projetos de Lei para alteração da Lei de Execução Penal, como os projetos 1.352/1999 e 09/2003, incluindo e regulamentando a visita íntima como um direito legalmente assegurado.

3.4 Entrevista pessoal e reservada com advogado

A *entrevista pessoal e reservada com advogado* justifica-se pela própria situação do preso, pois é por meio de seu representante que pleiteará seus direitos, principalmente os que devam ser requeridos *extra muros*. É somente de forma oral e completamente à vontade que o preso poderá expor suas necessidades sem a preocupação de estar sendo ouvido por um servidor ou outro preso, seja por temor ou mesmo vergonha. De outra parte, é igualmente direito do advogado “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”, segundo previsão expressa art. 7.º, III do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Decreto Federal 6.049/2007 – que institui o Regulamento Penitenciário Federal – aparentemente regulamentou o inc. IX do art. 41 da LEP que trata justamente da entrevista com advogado, preconizando que as entrevistas nos estabelecimentos federais deverão ser previamente requeridas e agendadas pela direção do estabelecimento. O requerimento deverá ser imediatamente respondido, porém a entrevista poderá ser agendada para o prazo de até dez dias (art. 96). Havendo urgência, a direção deverá autorizar imediatamente a entrevista, todavia o decreto não se manifestou acerca do que poderia configurar tal emergência, deixando completamente ao administrador a análise discricionária do pedido, conforme a fundamentação do pedido, a conveniência do estabelecimento penal federal (a segurança), do advogado, dos servidores, dos funcionários e dos presos. Podem vislumbrar que situações como as de uma primeira entrevista após a prisão, dentro

de familiares sobre abusos ou uma audiência já marcada devem sempre ser considerados casos de emergência o que acarretará a imediata autorização para a entrevista.

Também é importante ressaltar que no tocante ao advogado o correto é se falar em entrevista, e não em visita, como faz a portaria 122/2007 do DEPEN, que inclusive menciona várias vezes em seu texto a condição de advogado "devidamente constituído". Lembramos que o preso pode constituir quantos advogados quiser e que isto poderá ser feito no próprio estabelecimento, quando já estiver preso. Portanto, o deferimento de entrevistas deverá contar com este bom-senso por parte do diretor já que poderá ser a primeira vez que o advogado tem contato com o preso e inclusive necessita deste contato justamente para conseguir a devida procuração.

No mais, há uma previsão curiosa na Portaria 122/2007 do DEPEN, quanto à "suspensão" da visita por parte de advogado. Mais uma vez, não se deve falar em visita, mas sim de entrevista. Mas o curioso é que o art. 12, §1.º expressamente preconiza que "por decisão do Diretor do estabelecimento penal federal, o visitante ou *advogado* poderá ter seu acesso suspenso ou cancelado, quando houver prática de falta disciplinar ou desrespeito às normas internas do estabelecimento, relacionadas com o exercício da visita ou entrevista e que envolvam o visitante, o advogado ou o preso". Parece-nos que tal dispositivo viola várias garantias constitucionais e legais, o que extrapola a competência do DEPEN. Nos termos do citado artigo, o diretor do estabelecimento estaria autorizado a impedir que o advogado pudesse se entrevistar com o preso, algo inaceitável e absolutamente ilegal, já que a Lei lhe garante este acesso, sempre que for conveniente para a defesa de seus direitos. Lembramos que como não se permite o contato com o mundo extra muros por outros meios, a única forma que o advogado tem para se comunicar é a entrevista pessoal, o que de forma alguma poderá ser cerceado por "desrespeito às normas internas". O correto a ser feito é que, diante da conduta indevida do advogado ou do preso se adotem as medidas administrativas junto aos órgãos competentes, ou inclusive as de natureza criminal quando o fato constituir crime.

3.5 Entrevista com o diretor

As Regras Mínimas descrevem que o recluso poderá *entrevistar-se com o inspetor* ou o funcionário encarregado em particular, sem a presença do diretor, funcionários ou qualquer outro recluso. A intenção é permitir que o recluso tenha tranquilidade para denunciar supostos abusos, que certamente serão verificados pelas autoridades competentes.

Encontramos, também nas Regras Mínimas, a garantia do direito de apresentar *petições* ou reclamações ao diretor ou ao funcionário competente. Também poderá apresentá-las diretamente ao inspetor, como é o caso do juiz e do promotor em suas visitas periódicas.

Deverão ser informados sobre os acontecimentos mais importantes, seja por jornais, revistas, publicações penitenciárias especiais, emissoras de rádio, televisão ou qualquer outro meio, desde que autorizado ou fiscalizado pela administração penitenciária.

Apesar da jurisdicionalização da execução penal incrementar a proteção dos direitos do preso, outras medidas como as visitas constantes dos órgãos administrativos como o Departamento Penitenciário Nacional, ou ainda do Ministério Público e do próprio juiz da execução possibilitam maior interação à realidade carcerária e sua delicada situação. O acompanhamento contínuo e rigoroso impede o cometimento de arbtrios que persistem em acontecer.

4. Restrição dos direitos

Dentre este rol, os únicos direitos que poderão ser limitados ou suspensos temporariamente são os previstos nos incs. V, X e XV do art. 41.

O inc. V fala da proporcionalidade do tempo para o descanso, trabalho e recreação. É certo que a proporção não poderá ser alterada de forma a obrigar o preso ao trabalho excessivo, e nenhum descanso. A limitação cinge-se muito mais ao tempo de recreação. O inc. X é o que garante o direito à visita do cônjuge, parentes e amigos em dias determinados. E o inc. XV garante o acesso aos meios de comunicação e informação.

A restrição a estes direitos, por vezes, mostra-se necessária em determinadas circunstâncias como rebeliões, revistas internas ou tentativas de fuga. A medida será determinada pelo diretor do estabelecimento, por meio de ato (administrativo) motivado e devidamente fundamentado. Para a comprovação da legalidade e oportunidade do ato praticado, a restrição deve assumir forma escrita, e acostada em livro próprio com a lavratura de um termo. Os estabelecimentos prisionais, provisórios ou para cumprimento de penas, mantêm um livro interno de anotações sobre os acontecimentos do dia a dia, no qual a limitação deve ser anotada para correições futuras.

Destacamos que Jason Albergaria nega veementemente a eficácia (vigência) deste dispositivo, por considerar uma perigosa contradição entregar à discricção da autoridade administrativa a faculdade de suspender ou restringir alguns dos direitos assegurados por lei (*Comentários à Lei de Execução Penal*, p. 76). Não comungamos deste entendimento, pois a condução da administração do ambiente carcerário é de competência do Executivo e a discricionariedade da medida estará sempre sujeita à correição judicial.

5. Direitos retirados

Poucos são os direitos retirados do preso condenado. Com "retirados" queremos indicar os que definitivamente não mais poderão ser exercidos por aquele. Até mes-

mo a liberdade lhe será devolvida, um dia, mas outros, em decorrência da sentença condenatória, são tolhidos em definitivo.

Os arts. 91 e 92 do CP nos apresenta como efeitos da condenação a perda dos seguintes direitos:

- A perda dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, *a*);
- A perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, *b*);
- A perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; e quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos (art. 92, I, *a e b*);
- A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II);
- A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (art. 92, III).

6. Direitos suspensos

6.1 Direitos políticos

Da Constituição Federal decorre, diretamente, a suspensão dos *direitos políticos* aos definitivamente condenados em processo crime. Pela redação do art. 15 "É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (...)". Em suma, o condenado não poderia votar ou ser votado enquanto durassem os efeitos da condenação.

Um dos maiores críticos desta restrição foi Heleno Cláudio Fragoso. Para o renomado autor, a suspensão dos direitos políticos é infundada e serve apenas para estigmatizar o preso e marcar sua separação do mundo livre (FRAGOSO, CATÃO E SUSSEKIND. *Direitos dos presos*. p. 42). Tão prudente e perspicaz é Paulo Queiroz, ao entender que a restrição deveria ater-se somente aos casos de conexão entre o exercício de função política e o crime que originou a condenação (*Direito penal*. p. 356).

Na mesma esteira é o sentir de Julio Fabbrini Mirabete ao entender que os direitos políticos dos presos provisórios não poderiam sofrer qualquer restrição. Também põe em dúvida a eficácia plena do dispositivo constitucional por possuir expressões vagas como enquanto durarem os "efeitos" da condenação, sem que se saiba quais são, ou as expressas hipóteses de "perda" e "suspensão" do direito político (*Execução penal*. p. 44).

Enfática mas desavisadamente, Paulo Lúcio Nogueira também acredita que tendo a reforma de 1984 extinguido as penas acessórias, e entre elas a suspensão dos direitos políticos, estes ainda poderiam ser gozados pelos condenados, por meio do voto (*Comentários à lei de execução penal*. p. 57). Esqueceu-se, porém, que logo em seguida à reforma, a Constituição Federal de 1988 previu expressamente a hipótese.

Encontramos, ao menos, duas situações muito polêmicas nesta seara, mas pouco enfrentadas pelos autores. A primeira quanto ao condenado que se encontra *extra muros*, como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena ou em cumprimento de penas alternativas. Em tese, ao assumirmos que somente os direitos relacionados na sentença ou conectados com a liberdade de locomoção estariam suspensos, não poderíamos restringir os direitos políticos dos que se encontram em suspensão condicional da pena ou livramento condicional, e certamente dos agraciados com penas alternativas. Não haveria impedimento para que estes condenados comparecessem à sua respectiva zona eleitoral e praticassem o voto. Aos submetidos à pena privativa de liberdade em regime aberto não poderíamos dizer o mesmo, já que devem recolher-se ao estabelecimento penal nos períodos noturnos e finais de semana.

Em certa oportunidade, a lacuna foi preenchida de forma lúcida pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, que decidiu pela inaplicabilidade do art. 15, III, da CF a um condenado que obteve suspensão condicional da pena, por não obstar o pleno exercício do mandato.

A segunda – mais grave – refere-se aos presos provisórios, que aguardam seu julgamento e são, presumidamente, inocentes. A estes tolhemos o direito fundamental do cidadão de participar politicamente do processo democrático de indicação representativa. Se quanto ao condenado a Constituição faz a ressalva, certamente não a faz quanto ao preso provisório, e nem poderia fazê-lo, já que somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O problema agrava-se se pensarmos que se o sujeito submetido à prisão provisória é um candidato regularmente inscrito, poderá ser votado ainda que esteja preso.

Portanto, entendemos que a suspensão dos direitos políticos deve ser interpretada sob dois pontos de vista.

O primeiro diz respeito ao preso provisório, sobre o qual não cabe qualquer tipo de restrição ou suspensão, devendo o Estado adotar as medidas cabíveis para a instalação de seções nos estabelecimentos penais de custódia provisória. A previsão encontra-

no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), para que sejam instaladas seções em estabelecimentos de internação coletiva: "art. 136. Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores". Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 20.997/1999 (Instrução 61, classe 12.^a) que em seu art. 49, parágrafo único, determina que "os juízes eleitorais deverão, se possível, instalar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penitenciários a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto". Esta Resolução surgiu da consulta do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará sobre o cumprimento ao mandamento legal do art. 136 do CE, e teve o parecer favorável o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 20.471 [14.09.99], processo administrativo 18.352 – classe 19.^a – Ceará (Fortaleza), rel. Min. Eduardo Alckmin). As críticas ficam à expressão "se possível", jamais imaginada pela lei ordinária citada. Paulatinamente, os Estados vêm cumprindo a normativa e garantindo aos presos provisórios a votação em seções especiais, montadas nos estabelecimentos de detenção provisória.

O segundo, quanto ao condenado, recentemente a Lei Complementar 64/1990, que estabelece os casos de inelegibilidade, foi alterada pela Lei Complementar 135/2010, e uma numerosa lista de casos foi acrescentada à lei, em uma espécie de regulamentação do dispositivo constitucional, ainda que não tenha expressamente se referido a ele. Segundo a nova redação da lei, são inelegíveis para qualquer cargo as pessoas definitivamente condenadas ou por decisão proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos seguintes crimes (art. 1.º, I, e):

- Contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
- Contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
- Contra o meio ambiente e a saúde pública;
- Eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
- De abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
- De lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
- De tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
- De redução à condição análoga à de escravo;
- Contra a vida e a dignidade sexual; e
- Praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

O § 4.º do art. 1.º faz a ressalva de que *não serão inelegíveis* os que, embora tenham cometido algum dos crimes previstos na alínea e, o tenham feito por meio de ação culposa, ou se o crime puder ser classificado como de menor potencial ofensivo ou dependa de queixa-crime.

Entendemos que a suspensão dos direitos políticos deveria ser observada em correlação com a restrição da liberdade. Se a condenação impede o exercício da cidadania, como por exemplo no cumprimento dos regimes fechado, e eventualmente semiaberto e aberto, faria algum sentido aplicar o dispositivo constitucional, pelo menos quanto ao exercício do cargo eletivo, já que quanto ao voto poderiam valer-se do mesmo art. 136 do CE para continuarem a exercê-lo. Mas tratando-se de situação na qual a condenação ou o benefício concedido não comprometam o exercício do voto ou da candidatura, a lacuna da previsão constitucional permitiria o exercício deste direito, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento penal.

Antes da alteração da Lei Complementar 64 pedíamos para que o dispositivo constitucional fosse regulamentado por meio de lei ordinária, que viesse a preencher de forma clara as situações de perda e suspensão dos direitos políticos e quais e por quanto tempo os efeitos da sentença atingiriam outros direitos não destacados na decisão condenatória. É no mesmo caminho o sentir de Mirabete (*Execução Penal*, p. 44). Continuamos rogando por uma lei regulamentadora.

Porém, parece-nos que a alteração promovida pela Lei Complementar 135 acabou por fazê-lo, ou seja, regulamentou o dispositivo constitucional e o entendimento mais em conformidade com as garantias fundamentais seria o de que agora, os direitos políticos do condenado apenas poderiam ser suspensos nos expressos casos do art. 1.º, I, e. Nos demais, a única restrição poderia ser feita com relação ao inerente cerceamento de liberdade da condenação, o que significaria que não havendo a restrição do cárcere, isto é, do regime, o condenado poderia exercer plenamente seus direitos políticos.

6.2 Direito de dirigir

O Código de Trânsito também prevê a suspensão do *direito de dirigir* ao condenado por crimes previstos na Lei 9.503/1997. O art. 160 dispõe que o condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Contran, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

Ressalte-se que somente deverá ser considerada a prescrição da pretensão executória, como o próprio texto legal dispõe ("em face da pena concretizada na sentença"). A doutrina penal é pacífica no entendimento de que, prescrita a pretensão de se executar a pena, subsistem os demais efeitos da condenação, tanto de natureza penal, como civil e administrativa. Assim, embora o Estado não possa mais privar o condenado de sua

liberdade, outros efeitos como a obrigação de reparar o dano, a destituição do pátrio poder ou, como no caso em tela, a suspensão para dirigir veículo automotor, não são atingidos pela prescrição e permanecem aplicáveis, e o condenado por crime de trânsito não poderá voltar a conduzir enquanto não se submeter a novos exames de habilitação.

7. Direito de fugir?

Por um breve momento, a doutrina discutiu sobre o direito do preso a fugir. O natural impulso à liberdade justificaria o sempre constante desejo do preso em libertar-se, ainda que contra a vontade do Estado.

No centro do debate estava a tipificação penal do art. 352 – *Evasão mediante violência contra a pessoa*. Resumidamente, justificava-se que em atendimento ao princípio da legalidade e taxatividade, se o preso empreendesse fuga sem violência contra a pessoa, não cometera crime. A premissa é absolutamente correta, pois faltando um dos elementos do crime, este não estará configurado.

Contudo, os defensores deste “direito de fugir” não se ativeram ao fato de que o direito possui outros ramos, e que certa conduta, ainda que não seja tipificada como crime, pode ser um ilícito administrativo ou civil.

É certo que o Estado, para o bom funcionamento da administração da justiça, e por razão de ordem pública, tem o direito de impor – e impõe a determinados indivíduos – restrição de sua liberdade que deve ser observada e mantida. A pena privativa de liberdade é uma das sanções que o Estado dispõe e que, portanto, pode aplicar. A infração deste dever por parte dos obrigados a sua observância constitui um ato de desobediência a uma decisão da autoridade legítima, e que deve ser sancionado (CUELLO CALÓN. *La moderna penología*. p. 603/604). A sanção poderá ser penal ou administrativa, conforme a configuração que o ordenamento jurídico preferir.

Elevando-se contra este fictício direito, Jason Albergaria aborda o dever do condenado de cumprir a pena e, conseqüentemente, de permanecer na prisão até a conquista regular da liberdade, que deriva da relação de direito público entre o condenado e a Administração Penitenciária. Por isso, não há que se falar em direito de evasão do preso pois a fuga viola esta relação jurídica, e constitui infração, senão penal, disciplinar (ALBERGARIA. *Comentários à lei de execução penal*. p. 68).

Ainda que ocorra a fuga, a relação jurídica do preso com o Estado somente estará desfeita com a ocorrência da prescrição da pretensão executória. Câmara Leal nos lembra que, no caso de fuga do condenado durante o cumprimento da pena, sua recaptura independe de ordem judicial (mandado), e qualquer pessoa conhecedora da fuga poderá efetuar sua prisão, assim como acontece na prisão em flagrante, apresentando-o à autoridade policial mais próxima (Comentários ao código do processo penal brasileiro. p. 266). É o mesmo sentir de Borges da Rosa (*Processo Penal Brasileiro*. p. 320). Na verdade, os

autores apenas reforçam o disposto no art. 684 do CPP: “A recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa”.

A Lei de Execução Penal dispõe como *falta grave* a fuga do preso (art. 50, II). O Código Penal, além do crime de *Evasão mediante violência contra a pessoa* (art. 352), também tipifica o *dano qualificado* (art. 163, parágrafo único, III) quando o patrimônio do Estado for atingido. Portanto, a previsão de infrações e sanções à fuga do indivíduo preso não demonstra aspectos de direito.

Por fim, é evidente que havendo situação que exclua a ilicitude da fuga ou mesmo uma situação de erro, tais situações deverão ser analisadas quando da apuração e julgamento da infração, seja ela administrativa, civil ou penal.

8. Transporte

O art. 1.º da Lei Federal 8.653/1993 proíbe o transporte de presos em compartimento de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade.

9. Sigilo de correspondência

Questiona-se o *sigilo de correspondência* das cartas destinadas ou expedidas pelos presos. Um simples olhar sobre o direito fundamental ao sigilo das comunicações expresso no inc. XII do art. 5.º da Constituição Federal nos mostra que a exceção para a violação somente é possível quanto à comunicação telefônica, ainda assim, nos termos da lei ordinária (Lei 9.296/1996) que exige autorização judicial prévia.

Eis a garantia fundamental, *in verbis*: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Em sustentação a este pensamento encontramos o renomado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos. O autor demonstra que a Constituição somente permite a violação da comunicação telefônica, não abrindo qualquer ressalva aos demais casos, nem mesmo nos presídios ou hospícios (*Curso de direito constitucional*. p. 202. No mesmo sentido: MIRABETE. *Processo penal*. p. 319). José Afonso da Silva acena na mesma direção, pois enfatiza o termo “inviolável”, com a proibição de que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, ou se interrompa seu curso (*Curso de direito constitucional positivo*. p. 440).

Este pensamento é repellido por alguns autores, dos quais se destacam as ponderações de Guilherme de Souza Nucci (*Código de processo penal comentado*, p. 477. No mesmo sentido: ARAÚJO E NUNES JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. p. 120; MORAIS. *Direito constitucional*. p. 86). O autor alega “deixar de abrir a correspondência de um suspeito de

crime, somente porque se está seguindo, cegamente, o disposto na Constituição Federal, seria privilegiar uma norma constitucional em detrimento de outras". O embate das "normas constitucionais" seria entre o direito à intimidade e inviolabilidade da correspondência e da vida privada contra a segurança pública e o interesse em punir criminosos (op. cit., p. 477). Esta assertiva volta-se para justificar o porquê do juiz permitir a apreensão e abertura de uma correspondência que constitui prova de uma conduta ilícita.

Concordamos com a afirmação de que não existe princípio constitucional absoluto – esta não é a característica de um princípio, mas sim de um axioma –, tanto que o próprio inc. XII permite a violação da intimidade, mas – eis a pedra de toque – apenas no último caso, qual seja, das comunicações de dados e telefônica. Entendemos que o art. 5.º, ao falar em direitos e garantias fundamentais não é somente mais um artigo da Constituição Federal, mas sim o mais importante. Isto vale para que qualquer interpretação restritiva das liberdades previstas no art. 5.º em confronto com os demais artigos da constituição federal seja dotada de extrema ponderação.

Mas, *data maxima venia*, o autor não diferencia as situações quando exemplifica a possibilidade de violação da correspondência do preso, e ainda que o fizesse, não fundamenta como o texto condicional permitiria a violação da garantia fundamental em um Estado de Direito. Em suas considerações informa que o juiz poderá ter acesso à correspondência – o que já é duvidoso – quando constituir prova de um processo, mas "é evidente – diz o autor – que, nada encontrando de relevante ou pertinente na carta aberta, deve a autoridade resguardar a intimidade do réu ou investigado, devolvendo-a ao destinatário". Isto significa que a intimidade deve ser preservada e ao mesmo tempo permite o conhecimento judicial de seu conteúdo.

Ainda que aceitemos as considerações acima – que deixamos claro, não compartilhamos – isto não poderia de forma alguma manter-se apenas ao preso e sua correspondência. Não estamos falando da correspondência que constitui objeto ou instrumento de crime, como, por exemplo, o envio da encomenda contendo armas, drogas etc. que, indiscutivelmente, deve ser apreendida, mas sim do indiscriminado acesso ao conteúdo daquela. A abertura de correspondência, seja ela indiscriminada, com relevantes suspeitas ou mesmo autorização judicial, equivale a retirar do preso o direito à intimidade, e consequentemente configura uma violação da Constituição Federal. O Estado dispõe de meios outros para esta verificação como aparelhos de raios-X ou detector de metais. A justificativa de que a abertura é necessária para descobrir o que está dentro da correspondência justificaria a abertura e violação do direito de qualquer cidadão que embarca em um avião ou adentra em um estabelecimento público. No entanto, opta-se por instalar determinados aparelhos que identifiquem os objetos ilícitos sem o conhecimento do conteúdo de frases ou expressões pessoais.

Outro argumento falacioso é o de que o preso poderia estar armando um "ardiloso plano de fuga" (NUCCI. *Código de processo penal comentado*, p. 477), suposição absolutamente alargada e que justificaria a abertura da correspondência de todos os demais

presos. A propósito, qual seria o delito a ser investigado? Não estaríamos falando, em tese, de atos preparatórios? Novamente, a suposição também deveria valer para os cidadãos que se encontram em liberdade sob o pretexto, por exemplo, de estarem armando um "ardiloso" plano terrorista para assassinar o Presidente da República ou um juiz de Direito. A condição de pessoa presa não retira seu estado *cives*, e esta etiqueta colocada pelo Estado não pode servir de fundamento para a violação dos direitos fundamentais. Qualquer movimento neste sentido aponta para que, futuramente, alegue-se outro motivo como a ideologia social ou a religião professada, exemplos de um passado próximo no qual os "etiquetados" como pervertidos ou hereges eram tratados como inimigos da sociedade. O Direito Penal do Inimigo deve ser combatido, a favor do Direito Penal do cidadão, sustentado a duras e frágeis conquistas e frequentemente ameaçado pelas posturas maniqueístas da "guerra contra o crime".

Como ilustração da falácia utilizada, observemos o art. 5.º, XLVII, que proíbe certas penas. No caso da letra *a*, há proibição da pena de morte, mas a própria Constituição, no interior do mesmo art. 5.º, prevê a exceção. E é assim que devem estar previstas, no mesmo nível interno constitucional. Da mesma forma, ninguém sustentaria que, em benefício da segurança de todos, ou do interesse em punir criminosos pudéssemos aplicar, com base na harmonia dos princípios ou em critérios de proporcionalidade, qualquer exceção a qualquer outra das penas proscritas, como, por exemplo, aplicar pena de banimento a um criminoso altamente reincidente, ou atribuir-lhe trabalhos forçados para ressarcir todo o enorme prejuízo que tenha causado à mais benemérita e necessitada instituição.

Não se pode violar a correspondência de ninguém? A Constituição Federal prevê que em um momento de exceção, não só a correspondência, mas até a liberdade poderão ser cerceadas em benefício da coletividade, mas estaremos em um Estado de Exceção, definido pela própria Constituição Federal como Estado de Defesa (art. 136, §1.º, I, *b*) ou Estado de Sítio (art. 139, III). Ao se permitir a violação da correspondência fora destas hipóteses estaríamos tomando como regra a exceção, e não o direito.

O que desejamos ressaltar é que ainda que um princípio não seja absoluto, ou que uma regra também possa ter exceções, tratando-se de um dispositivo constitucional, a Constituição é o início e o fim da determinação. É a carta maior que define a regra, e quem delimita a exceção. Interpretar além disto é retirar da Constituição sua função de garantia e eixo mestre do Estado Democrático de Direito.

Alguns utilizam como fundamento legal para a violação da correspondência do preso a previsão do art. 41, parágrafo único, da LEP. O preso tem o direito a "contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes" (art. 41, XV), algo que poderia ser restringido pela previsão do citado parágrafo: "Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

Facilmente se percebem os dois problemas para a aceitação deste argumento. O primeiro é que a redação do dispositivo fala em *restringir ou suspender* a comunicação com o exterior, e não em violar a comunicação com o exterior. Restringir no sentido de diminuir e impedir no sentido de evitar que a correspondência saia do ou chegue ao estabelecimento. Tal conclusão é tão nítida que o art. 58 limita esta medida ao prazo máximo de 30 dias (art. 58: "o isolamento, a suspensão e a *restrição de direitos* não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado"). Entender de outra forma levaria ao absurdo de se pensar que a correspondência poderia ser violada pelo prazo de apenas 30 dias.

O segundo argumento de caráter técnico consiste que a Lei de Execução Penal é anterior à Constituição Federal, e portanto tal dispositivo não poderia ser aplicado sem uma releitura com base nos princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Com um complicador, o que autorizaria a violação da correspondência que o preso recebe? Qual seria o fundamento para se violar a intimidade de quem envia uma carta ao preso e que não possuiria tal condição? Exatamente, não haveria e por isso que a aceitação destes argumentos acaba por admitir que em qualquer caso, a correspondência de qualquer pessoa possa ser violada, ao menos, por ordem judicial, mesmo que isto tenha sido expressamente vedado pela Constituição Federal.

Infelizmente, são comuns e não exclusivos de nossas decisões argumentos do tipo "a defesa do ordenamento", a "necessidade de prevenir o delito", estereótipos frequentes para limitar direitos fundamentais do recluso. Como destaca Inma Valeije Álvarez, são decisões preparadas "que justificam a limitação de seus direitos fundamentais (dos reclusos) em aspectos como restrição de comunicações com o exterior" (*El derecho a la integridad física de los reclusos drogodependientes. Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, p. 53).

Portanto, concordamos com os entendimentos que consideram absolutamente impossível a violação da correspondência, seja da pessoa livre ou do preso condenado ou provisório (No mesmo sentido: SCHMIDT. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. *Crítica à execução penal*, p. 224).

10. Jurisprudência selecionada

- **Direito de visita: possibilidade de restrição**

"Não constitui desvio de finalidade nem abuso de poder, em detrimento de interesse de grupos, a portaria do juiz Corregedor do Presídio que, em situação excepcional, a fim de evitar mal maior e em benefício da coletividade, disciplina o ingresso de pessoas no presídio, visto que o objetivo visado dirige-se a um fim maior, de caráter geral, qual seja a manutenção

da ordem pública e todas as consequências benéficas que daí continuam emanando. Recurso improvido". (STJ, RMS 9229/RO, 1.ª T., j. 02.12.1999, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 21.02.2000)

- **Sigilo de correspondência**

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas". (STF, HC 470814/SP, 1.ª T., 01.03.1994, rel. Min. Celso de Mello, DJ24.06.1994)

- **Transferência para o domicílio da família: possibilidade**

"Pena. Cumprimento. Transferência de preso. Natureza. Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio. Eficácia do disposto nos arts. 1.º e 86 da Lei de Execução Penal – Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Precedente: *habeas corpus* 62.411/DF, 2.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho, tendo sido o acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 113, a página 1.049". (STF, HC 71179/PR, 2.ª T., j. 19.04.1994, rel. Min. Marco Aurélio, DJ03.06.1994)