

HABEAS CORPUS Nº 2009.04.00.012673-4/PR

D.E.

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO

Publicado em 12/06/2009

IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE MACHADO E SILVA

**PACIENTE : MARCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO
reus preso**

**IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA SEÇÃO DE
EXECUÇÃO PENAL DE
CATANDUVAS/PR**

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. FUNDAMENTOS. DIREITO DE VISITAS. ART. 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

1. Não se mostra ilegal a inclusão no regime disciplinar diferenciado mediante decisão devidamente fundamentada, com observância ao contraditório e a ampla defesa que, na espécie, restaram assegurados. 2. Na aplicação do RDD, o estabelecimento prisional e o Juízo das Execuções Penais não devem, via de regra, impor restrições mais rigorosas do que aquelas previstas no artigo 52 da Lei nº 7.210/84, cumprindo readequar as visitas e o banho de sol, nos termos da decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder em parte a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 03 de junho de 2009.

Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro
Relator

HABEAS CORPUS Nº 2009.04.00.012673-4/PR

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE MACHADO E SILVA
PACIENTE : MARCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO reu preso
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA SEÇÃO DE EXECUÇÃO PENAL
DE CATANDUVAS/PR

RELATÓRIO

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - Cuida-se de *habeas corpus*, com pretensão liminar, impetrado por José Henrique Machado e Silva, em favor de Márcio dos Santos Nepomuceno, contra decisão proferida pelo Juízo Federal da Seção de Execução Penal de Catanduvás, nos autos do Incidente em Execução Criminal nº 2009.70.00.006331-3/PR.

Consoante se depreende, atendendo ao requerimento do Diretor da Penitenciária Federal de Catanduvás para inclusão do detento em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) o Colegiado decidiu, em 27/03/2009, acolher liminarmente o pedido, "*a fim de deferir a inclusão cautelar do custodiado MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO no regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de seu isolamento pelo Diretor da Penitenciária (23/03/2009) e com a observância dos critérios definidos pelo artigo 52 da LEP: a) recolhimento em cela individual, na ala reservada para RDD; b) visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de duas horas e sem contato físico; c) suspensão das visitas íntimas; d) direito a duas horas diárias para banho de sol, na ala reservada para RDD.*" (fls. 40-5).

Contra essa decisão, foi ajuizado o presente *mandamus*. Sustenta o Impetrante, em síntese, que para a inclusão do paciente no RDD não foram observados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, porquanto o detento "*em nenhum momento teve a oportunidade de ser ouvido, muito menos pleitear provas e arrolar testemunhas*". Afirma, também, que constitui tratamento humilhante e degradante o impedimento ao banho de sol fora da ala reservada para RDD, bem como de contato físico com as visitas, principalmente com seus filhos menores, situação que afronta o preceito da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, requereu a concessão liminar da ordem para que as visitas das crianças ao apenado ocorram mediante contato físico, bem como, no mérito, a anulação da decisão que determinou a inclusão no RDD e o deferimento do banho de sol em local próprio.

A tutela de urgência foi deferida em parte (fls. 44-7) tão-só para que "as visitas dos filhos menores sejam feitas sem restrição de contato físico".

A ínclita autoridade impetrada prestou informações (fls. 223-5) anexando, na oportunidade, os documentos das fls. 237-386.

A douta Procuradoria Regional da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 388-91).

O Impetrante protocolou petição requerendo que na visita dos filhos menores seja possibilitada a companhia da mãe, irmã ou avó, sem restrição de contato físico, para manter o direito ao convívio familiar (fls. 393-4).

É o relatório.

Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro
Relator

HABEAS CORPUS Nº 2009.04.00.012673-4/PR

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE MACHADO E SILVA
PACIENTE : MARCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO reu preso
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA SEÇÃO DE EXECUÇÃO PENAL DE CATANDUVAS/PR

VOTO

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - Na decisão hostilizada, os fatos foram assim resumidos:

O Diretor da Penitenciária Federal de Catanduvas/PR requer a inclusão do detento MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Afirma a autoridade requerente que na manhã do dia 23/03/2009, após entrevista do detento Márcio com sua defensora Elker Cristina Jorge, foi apreendida com a advogada uma carta que havia sido mostrada ao detento e posteriormente rasgada. A missiva não versava sobre qualquer fato a ser tratado entre advogado e cliente, mas 'tinha finalidade de colocar em comunicação provavelmente duas organizações criminosas identificadas como PCC (Primeiro Comando da Capital) e CV (Comando Vermelho). Diz ainda que as organizações criminosas estão dispostas a lutar até as últimas consequências, sem temer sacrifícios, de forma unida' (fl. 04). Aduz o requerente que em razão do ocorrido o detento e sua defensora foram presos em flagrante delito pela prática do crime do art. 37 da Lei nº 11.343/06. Informa, ainda, que o detento foi incluído em isolamento preventivo (art. 60 da LEP) desde a data do flagrante (23/03/2009) tendo sido instaurado processo administrativo disciplinar para apuração da falta. Assim, requer a inclusão de Márcio em regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 360 dias. Inclusive pleiteia o deferimento cautelar, a fim de o detento, que já se encontra isolado, não retorne à vivência comum. (...).

Entendendo haver elementos suficientes para justificar a medida, o Colegiado acolheu cautelarmente o pedido para incluir MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO no RDD pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados desde o seu isolamento pelo Diretor da Penitenciária (23/03/2009) com a observância dos critérios definidos pelo artigo 52 da LEP.

A propósito, veja-se o que estabelece o apontado dispositivo da Lei de Execução Penal (número 7.210/84):

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

*§ 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem **alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade**.*

*§ 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas **suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando**.*

Assim, conforme salientado pelo Parquet (fl. 25) "a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado encontra amparo no art. 52 da LEP, que prevê sua possibilidade nos casos de: 1) prática de fato previsto como crime doloso (falta grave) que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; 2)

*quando o preso provisório ou condenado apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento; 3) quando sobre o mesmo recair suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. **Das três hipóteses acima elencadas, verifica-se que a conduta do custodiado Márcio dos Santos Nepomuceno amolda-se de plano a duas, por ser o detento, inegavelmente, envolvido em organização criminosa, e representar alto risco para a segurança do estabelecimento, na medida em que comanda tal organização, articulando ações dentro e fora do presídio. Ademais, cabe lembrar que Márcio já havia sido incluído no RDD pelo prazo de 120 dias, em razão do fato de continuar exercendo a liderança da facção criminosa de dentro do presídio.***"

Nesse contexto, observa-se que a situação narrada pelo Diretor do estabelecimento prisional permite antever a presença das hipóteses legais de aplicação do regime disciplinar diferenciado.

A par disso, em face das circunstâncias do caso concreto, em que a defensora do paciente, em tese, teria se utilizado da visita para objetivos escusos - entrega de carta versando sobre 'tratativas' entre organizações criminosas - mostrou-se salutar a preocupação externada pelos Juízes da Seção de Execução Penal de Catanduvas em restringir de imediato os contatos com o apenado, a fim de evitar a repetição de fatos como o acima relatado.

Logo, não se verifica ilegalidade na decisão monocrática ao admitir cautelarmente a inclusão do Paciente no RDD.

Por outro lado, cumpre referir que a apuração da falta disciplinar pela autoridade administrativa competente (diretor da penitenciária) é distinta do ato de inclusão no regime diferenciado, o qual não prescinde da manifestação jurisdicional. De fato, os artigos 53 e 54 da Lei 7.210/84 assim estabelecem:

*Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei; **V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.** (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)*

*Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a **do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.** (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).*

Do acima exposto, constata-se que a inclusão no guerdado regime depende do pronunciamento judicial fundamentado (como ocorreu no caso do

Paciente) devendo ser assegurada a observância às garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório (art. 59 da LEP).

Na hipótese em tela, constata-se que, após a decisão liminar, foi propiciado o pleno exercício da defesa, tendo sido o detento e seu advogado cientificados pessoalmente, apresentando perante o julgador de primeiro grau as razões defensivas, o que inclusive propiciou o ajuizamento deste *writ*. A respeito do tema, veja-se o Acórdão assim ementado:

EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME. FALTA GRAVE. PRISÃO DOMICILIAR. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ART. 118, § 2º, DA LEI Nº 7.210/84 (LEP). 1. Ausentando-se o executado de sua residência nos horários determinados para cumprimento de prisão domiciliar, sem motivo plausível, resta caracterizada falta grave, justificando a regressão de regime. 2. Instaurado o respectivo procedimento disciplinar para apuração de falta grave e oportunizada ao executado a apresentação de justificativa, realizada por escrito e através de advogado, antes de proferida a decisão a respeito de pedido de regressão de regime, quando os motivos são considerados insuficientes pelo julgador, tais fatos afastam qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como ao disposto no art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84 (LEP). (TRF da 4ª Região, Oitava Turma, Agravo em Exec. Penal nº 2007.72.00.000294-0/SC, Relator Des. Luiz Fernando Wovk Penteado, public. no D.E. em 28.03.2007).

Ademais, verifica-se dos informes prestados pelo juízo impetrado que, à luz da manifestação das partes, nos autos do Incidente em Execução Criminal 2009.70.00.006331-3/PR **sobreveio despacho proferido em 08 de maio** do corrente ano, nas seguintes letras (fls. 135-143):

"Cuida-se de procedimento instaurado mediante requerimento do Diretor da Penitenciária Federal de Catanduvas/PR tendo por objeto pedido de inclusão do preso MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO em regime disciplinar diferenciado (RDD).

O pedido foi liminarmente deferido, por maioria, pelo Juízo Colegiado da Seção de Execução Penal de Catanduvas (fls. 40-60) tendo sido determinada a inclusão cautelar do detento no RDD pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de seu isolamento pelo Diretor da Penitenciária (23/03/2009).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal requereu o acolhimento da representação e a inclusão definitiva de Márcio no regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, contados da data do isolamento.

Intimada para os fins do § 2º do art. 54 da Lei 7.210/84, a defesa do detento (fls. 72-4) requereu a produção de provas e a reconsideração da decisão liminar no que tange à limitação do contato físico com as visitas, pugnando para que o encontro seja autorizado na área normalmente reservada para visitaçãõ, e ainda no que toca ao banho de sol, para que seja permitido fora da ala reservada para o RDD.

O pedido de produção probatória foi parcialmente deferido (fls. 76-77) para determinar ao Diretor da Penitenciária de Catanduvas que carresse aos autos mídia contendo as imagens relativas ao detento gravadas durante a entrevista com a advogada Elker Cristina Jorge, porquanto os arquivos de mídia constantes dos autos apenas continham imagens da advogada, mas não de Márcio. Ainda, para que encaminhasse novos áudios de melhor qualidade.

Nas fls. 80-83 e 124-135, a Direção da Penitenciária de Catanduvas informa que não foram mantidas em arquivo as imagens do detento Márcio produzidas durante a entrevista referida. Esclarece que 'foi preservada, naquela ocasião, apenas a imagem do parlatório que continha áudio, de maior relevância para esta Unidade Prisional, embora houvesse gravação de vídeo em outras câmaras daquele recinto, porém, sem áudio'. Ademais, esclarece que não dispõe de tecnologia necessária para melhorar a qualidade do áudio produzido, mas encaminhou relatório contendo a degravação dos trechos inteligíveis da gravação efetuada.

Intimada para, querendo, complementar sua manifestação quanto ao pleito de inclusão no RDD, a defesa arguiu, preliminarmente, a nulidade do procedimento diante da ausência de oitiva do preso e falta da designação de audiência de instrução em que seria concentrada a produção probatória. No mérito, afirma que a advogada Elker Cristina Jorge não estava credenciada a entrevistar-se com Márcio; que os agentes penitenciários deveriam ter interrompido a entrevista e apreendido a carta. Aduz não haver provas de que o preso efetivamente leu a missiva. Afirma que a carta trata apenas de fatos pretéritos, não se colhendo do seu teor qualquer ajuste para o cometimento de crime presente ou futuro. Por fim, consigna que MÁRCIO está submetido ao regime disciplinar diferenciado há mais de dois anos. (...)

Ao deferir o pedido de inclusão cautelar do detento MÁRCIO no regime disciplinar diferenciado este Juízo assim decidiu:

"A inclusão de preso no regime disciplinar diferenciado pode ocorrer em três hipóteses distintas: a) como sanção disciplinar, em decorrência da prática de falta grave, cujo fato esteja previsto como crime doloso, e quando ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna (LEP, art. 52, caput, e art. 53, V); b) para condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1º); e, c) para condenados ou presos provisórios sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (LEP, art. 52, § 2º).

No caso em questão o pedido tem por fundamento duas das hipóteses legalmente previstas, ou seja, pela prática de fato previsto como crime doloso e, ainda, pela participação, a qualquer título, em organização criminosa.

Concretamente, à luz dos fatos narrados e diante do teor da missiva apreendida, é possível concluir pela existência de elementos hábeis e idôneos a justificar a adoção da medida excepcional pleiteada. A carta apreendida claramente revela posição de destaque que o detento MÁRCIO DOS SANTOS NEPUMOCENO ocupa no seio de organização criminosa, deixando evidenciada a liderança que exerce no grupo, mesmo estando recolhido na Penitenciária Federal de Catanduvas há mais de dois anos.

O preso, utilizando-se dos advogados que o visitam na Penitenciária, continua controlando e orientando as atividades da facção criminosa, inclusive aparentemente estabelecendo tratativas com outra organização criminosa para união de forças. Fala-se de motins, retaliações, homicídios, troca de favores e comprometimento de autoridades, entre outros fatos e situações de repercussão para as organizações criminosas.

Ilustrativamente, oportuno trazer à baila o conteúdo da correspondência, que foi integralmente transcrito pela autoridade requerente. Confira-se: (...)

O comportamento do recluso, assim, deixa claro que a transferência de Estado e sua inclusão em penitenciária federal de segurança máxima não foram suficientes para afastá-lo do comando da organização criminosa.

De se observar que o detento Márcio já foi incluído em regime disciplinar diferenciado por cento e vinte dias (de 13/06/2008 a 10/10/2008) por decisão deste Juízo de Execução, exatamente porque permanecia exercendo o comando de organização criminosa mesmo após sua transferência para a Penitenciária de Catanduvas.

Esta sanção, como evidencia o fato ora noticiado pela autoridade requerente, não foi suficiente para fazer com que se adapte às normas disciplinares, de modo que o preso volta a praticar atos de comando da organização criminosa.

Pois bem. Tal quadro deixa evidente a necessidade de uma postura mais enérgica, a fim de obstar a prática de ilícitos dentro de uma penitenciária de segurança máxima. O cumprimento da pena em estabelecimento penal (especialmente de segurança máxima) deve ser pautado pelo bom comportamento e disciplina.

Registre-se que o regime disciplinar diferenciado não é inconstitucional, pois conforme bem cuidou Guilherme de Souza Nucci, 'não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum' (Código Penal Comentado, 2007:321).

O regime disciplinar diferenciado, pois, longe de se enquadrar como pena cruel ou desumana, é hoje um mal necessário que atende aos ditames do princípio da proporcionalidade, a fim de obstar ou pelo menos dificultar ao máximo que lideranças de organizações criminosas permaneçam em atividade mesmo depois de encarcerados em penitenciária de segurança máxima.

Neste sentido vêm se posicionando os Tribunais pátrios, conforme precedente que ora se traz à colação: (...)

'Não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à proibição de submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou

sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como quer fazer crer a impetrante, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime instituído pela Lei 10.792/2003 visa a propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33 do CP) (STJ, RT 843/548).."

Pois bem, as alegações do Ministério Público Federal e da defesa não têm o condão de infirmar as conclusões que nortearam a decisão liminar.

Relativamente à alegada nulidade do procedimento por ausência de realização de audiência de instrução e oitiva do detento, cabe observar que os pedidos para inclusão em regime disciplinar diferenciado têm seu procedimento definido no art. 54 da Lei nº 7.210/84 (LEP), que não prevê a realização de audiência de instrução ou inquirição do detento. Quanto à presença do detento, prevê a manifestação por meio de defensor, o que foi amplamente observado no caso. Assim, não há qualquer nulidade recaindo sobre o procedimento adotado.

No que tange ao contexto fático probatório, a despeito das alegações lançadas pela defesa, resta claro nos autos que o detento MÁRCIO teve acesso e leu o teor da missiva a ele apresentada pela advogada Elker Cristina Jorge. Analisando-se o vídeo que instrui os autos é possível verificar que a carta ficou sendo exibida para MÁRCIO por vários minutos pela advogada. A esse respeito, oportuna a informação do Diretor da Penitenciária de que 'observa-se, no relatório de áudio vigilância, que a advogada retira a carta de suas vestes e começa a mostrá-la ao interno por volta das 11 horas 10 minutos e 57 segundos. Continuam conversando sobre assuntos diversos, enquanto a advogada mostra a carta, por 05 min, aproximadamente, até às 11h e 15 min. Às 11h e 17 min a advogada volta a mostrar a carta para o interno, até as 11h e 32 min. Às 11 horas 18 minutos e 56 segundos o interno faz um comentário referente ao que leu na carta'.

Ademais, caso o detento não pretendesse ter conhecimento do teor da missiva ou não concordasse com sua exposição, bastaria ter acionado qualquer dos agentes penitenciários responsáveis do setor, o que não foi feito em momento algum, conforme esclarecido no ofício de fls. 124-5.

As questões atinentes ao credenciamento do defensor para a entrevista ou mesmo da conduta dos agentes penitenciários que não interromperam a audiência para apreensão da missiva, com o devido respeito, não se mostram relevantes para o caso, notadamente porque não maculam as provas do envolvimento e participação do detento MÁRCIO em organização criminosa.

Quanto ao teor da missiva, inequivocamente trata-se de comunicação entre grupos ou organizações criminosas. O fato de não conter ajuste para o cometimento de algum crime específico, presente ou futuro, não afasta a conclusão do envolvimento atual de

MÁRCIO em organização criminosa, inclusive ocupando posição de relevo, considerando a data da carta e o fato de que ela se reporta a dados recentes.

Entre os acontecimentos recentes encontra-se na carta a referência ao fato de que os assinantes dela teriam tido ciência em 02/2009, a 'um salvo que teria sido encaminhado por vocês', ou seja, aparentemente a ordens de homicídio emitidas pelo Comando Vermelho, organização que tem o preso Márcio como um de seus líderes.

Da mesma forma, a referência a "Naldinho" e às "providências" que teriam sido tomadas em relação à referida pessoa ("nós entendemos as providências tomadas por vocês") sugerem o envolvimento dos presos com o notório traficante de drogas Rodrigo Duarte Barsotti de Freitas, vulgo "Naldinho", que desapareceu em janeiro de 2009, com suspeita de ter sido assassinado, conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional (...) Não fica claro pela carta se os presos estariam envolvidos neste desaparecimento ou se teriam tomado providências de retaliação a partir dele.

Por fim, não procede a alegação de que Márcio está submetido ao regime disciplinar diferenciado há mais de dois anos. Não há que se confundir a permanência do detento na Penitenciária Federal de Catanduvas com inclusão em regime disciplinar diferenciado. Ao longo desse período em que MÁRCIO está na penitenciária federal, apenas esteve sujeito ao regime disciplinar diferenciado por cento e vinte dias, de 13/06/2008 a 10/10/2008, e agora desde o dia 23/03/2009.

Em face do exposto, este Colegiado decide acolher definitivamente a representação a fim de determinar a inclusão do detento MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO no regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de seu isolamento pelo Diretor da Penitenciária (23/03/2009), e com a observância dos critérios definidos pelo artigo 52 da LEP:

- a) recolhimento em cela individual, na ala reservada para RDD;*
- b) visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de duas horas e sem contato físico;*
- c) suspensão das visitas íntimas;*
- d) direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.*

Relativamente às visitas semanais, que inicialmente haviam sido deferidas sem a permissão de contato físico com qualquer visitante, imperioso observar-se a ordem liminar concedida no Habeas Corpus nº 2009.04.00.012673-4 (TRF da 4ª Região) "para que as visitas dos filhos menores do apenado sejam feitas sem restrição de contato físico".

Quanto ao banho de sol, a despeito da inicial restrição para que fosse realizado na ala reservada para o regime disciplinar diferenciado, considerando o período determinado para a permanência do detento nesse regime, deverá ser autorizado o banho de sol fora do local existente na própria cela destinada ao RDD.

Para tanto, deverá a autoridade penitenciária adotar as medidas necessárias para que o detento, durante os banhos de sol, se possível, permaneça sem contato com outros detentos não incluídos no regime disciplinar diferenciado.

Cientifique-se o Diretor da Penitenciária acerca da presente decisão, inclusive para que dê ciência do seu teor ao detento. Intimem-se."

Diante desse quadro, ao contrário do alegado na impetração, não há falar em ilegalidade, tampouco em ofensa ao princípio da "*ampla defesa, contraditório e devido processo legal*", porquanto o Juízo Colegiado examinou a *vexata quaestio* de forma exaustiva, encontrando-se a decisão devidamente fundamentada em motivos concretos.

As questões administrativas relacionadas ao banho de sol e visitas, por não implicarem restrição ao *jus libertatis* não se inserem apropriadamente na esfera do *habeas corpus*, tendo sido objeto de irresignação mediante agravo em execução penal (autuado nesta Corte sob nº 2009.70.00.007283-1). Entretanto, levando em conta que a matéria já foi apreciada nestes autos em sede de tutela de urgência, além de ter sido considerada pelo Colegiado de Catanduvas no recente *decisum* supratranscrito, bem como por economia processual, cumpre serem examinadas as alegações do Impetrante.

Em face do pedido de urgência, houve análise *in imine litis* do aspecto relativo ao impedimento de contato físico determinado pelo Juízo monocrático. No provimento liminar, restou assim consignado:

"Da leitura do artigo 52 da LEP, constata-se que a visita ao apenado é restrita a duas pessoas, sem contar as crianças, pelo período máximo de duas horas, não havendo previsão expressa de que ocorra sem contato físico. Assim, a priori, não há impedimento legal de efetiva aproximação entre o condenado e os visitantes. Todavia, tal situação não pode ser levada ao extremo, mediante total e completo isolamento do preso, de forma até mesmo a impedir o contato com seus próprios filhos, os quais, segundo a impetração, são menores de 12 anos de idade. Frise-se que a convivência familiar é assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) devendo, na medida do possível, ser mantida a relação com sua família de origem. O receio de que fatos semelhantes ao anteriormente mencionado venham a ocorrer não justifica a adoção de tão drástica medida, com possibilidade, em princípio, de consequências graves para as próprias crianças e/ou adolescentes. Os responsáveis pelo estabelecimento prisional devem tomar todas as providências - vigilância, visita em local monitorado por vídeo, etc. - para evitar a utilização da oportunidade para fins escusos..."

Em que pese a argumentação do Impetrante no sentido de que os filhos deveriam ser acompanhados na visita por um familiar (mãe, irmã ou avó) trata-se de questão administrativa a ser resolvida junto ao estabelecimento prisional e a instância de origem, passível da interposição do recurso adequado caso houver decisão negativa do Juízo das Execuções Penais.

Por ora, na presente via mandamental, mostra-se possível autorizar a visitação dos filhos, consoante a tutela de urgência deferida, até porque não foram trazidos maiores elementos probatórios a respeito do impedimento ao acesso das crianças e sua eventual acompanhante no estabelecimento prisional.

Ante o exposto, concedo em parte a ordem, nos termos da liminar.

Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro
Relator