

**UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR - UMUARAMA
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA**

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEI Nº 10.792/2003) EM CONFLITO COM
OS OBJETIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA ENCARCERADA**

WILSON LUIS ISCUISSATI

Umuarama – Paraná

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

WILSON LUIS ISCUISSATI

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEI Nº 10.792/2003) EM CONFLITO COM
OS OBJETIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA ENCARCERADA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual e Cidadania, da Universidade Paranaense – UNIPAR, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto

Umuarama – Paraná

2008

WILSON LUIS ISCUSSATI

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEI Nº 10.792/2003) EM CONFLITO COM
OS OBJETIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA ENCARCERADA**

Dissertação submetida à avaliação da Banca Examinadora para obtenção do título de **Mestre em Direito Processual e Cidadania**, atendendo às normas da legislação vigente da Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama - PR.

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO
ORIENTADOR

PROF. DR. OSMAR VIEIRA DA SILVA.
EXAMINADOR

PROF. DR. CELSO HIROSHI IOKOHAMA.
EXAMINADOR

Para Sandra, Vitor e Rodrigo, luz da minha
luz, vida da minha vida, ar que eu respiro,
família amada a vocês toda gratidão e amor.

ISCUISSATI, Wilson Luis. O Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003) em conflito com os objetivos da pena privativa de liberdade à luz dos direitos humanos fundamentais da pessoa encarcerada. **Dissertação de Mestrado em Direito Processual e Cidadania.** Umuarama – Paraná – UNIPAR. Orientador: Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.

RESUMO

A evolução do Direito Penal, com o abandono das penas corporais e a adoção da prisão como pena, passou a ter uma preocupação maior com a pessoa do encarcerado, dando a pena contornos humanitários. Com os altos índices de criminalidade dos últimos anos, impulsionado pelo clamor público, a produção legislativa voltou-se para a área de segurança pública buscando, no Direito Penal, a solução para os altos índices de criminalidade. Na busca de soluções para a violência dentro e fora da prisão, instituiu-se através da Lei 10.792/2003, o Regime Disciplinar Diferenciado de forma emergencial face as incessantes instigações dos meios de comunicação, por uma política de maior segurança pública, se alterando inicialmente o interrogatório judiciário, para depois tratar o encarcerado como inimigo do Estado Brasileiro. No Regime Disciplinar Diferenciado o detento deixa de gozar das garantias individuais inerentes ao cidadão, passando a ser considerado inimigo do Estado. Como prisioneiros de guerra os inimigos do Estado são detentores de direitos e garantias consagrados em documentos internacionais. Tratar o delinqüente como inimigo, é estigmatizar a pessoa, é tratar este como coisa, impondo-lhe uma pena desproporcional, o que não ocorre nem mesmo com o inimigo de guerra. Com aniquilação moral e psíquica do detento, é considerado um retrocesso pela colidência com os objetivos da pena privativa de liberdade à luz dos direitos humanos fundamentais da pessoa do encarcerado e às regras mínimas para tratamento de Reclusos das Nações Unidas. Não é com a criação de leis e a imposição de regras desumanas aos presos, que os problemas de criminalidade se resolverão. É necessário dar condições aos encarcerados, para que possam efetivamente se recuperar, com assistência médica e psicológica não só ao preso mas também a seus familiares. O Estado deve dar efetividade o princípio da dignidade humana consagrado como fundamento da República na Carta de 1988. O estudo proposto nesta dissertação é no sentido de impulsionar um pensamento crítico a respeito da observância dos Direitos Humanos no regime disciplinar diferenciado e, além disso, perquirir até que ponto essa modalidade carcerária é a solução para disciplinar o preso, e combater a criminalidade.

Palavras Chave: Prisão. Pena. Regime. Diferenciado. Dignidade.

ISCUISSATI, Wilson Luis. O Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003) em conflito com os objetivos da pena privativa de liberdade à luz dos direitos humanos fundamentais da pessoa encarcerada. **Dissertação de Mestrado em Direito Processual e Cidadania.** Umuarama – Paraná – UNIPAR. Orientador: Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.

ABSTRACT

The evolution of the Criminal Law, with the abandonment of corporal punishment and adoption of imprisonment as punishment, came to have a greater concern with the incarcerated person giving the penalty humanitarian contours. With the high rates of crime in recent years, driven by public outcry, the legislative production returned to the area of public safety seeking, in the Criminal Law, the solution to high rates of crime. In the search for solutions to the violence inside and outside the prison, established through the Law 10.792/2003, the Differential Disciplinary Scheme as emergency due to the incessant demands provided by the media, for a policy of greater public safety, changing initially questioning the judiciary, to then treat the inmates as enemy of the Brazilian State. In the Differential Disciplinary Scheme the prisoner no longer enjoy the guarantees inherent as the individual citizen, and will be considered an enemy of the state. As prisoners of war the enemies of the state are holders of rights and guarantees enshrined in international documents. Treating the delinquent as an enemy is stigmatize the person, it is treating this as something by imposing a disproportionate punishment, which does not occur even with the enemy of war. With annihilation moral and psychological of the prisoner, it is seen as a setback for conflict with the goals term of imprisonment in light of the fundamental human rights of the person detained in the minimum rules for treatment of the inmates of the United Nations It is not with the creation of laws and the imposition of inhumane rules to prisoners, that the problems of crime is solved. It is necessary to make conditions imprisoned, so that they can effectively recover with medical and psychological assistance not only to the prisoner but also to their families. The State shall give effect to the principle of human dignity enshrined in support of the Republic in the Charter of 1988. The study proposed in this dissertation is to drive a thought critically about the observance of Human Rights in the disciplinary rules differently and, in addition ask up to what extent this kind of punishment improves the prisoner's behavior and to combat the criminality

Keywords: Prison. Punishment Differential Disciplinary Scheme. Dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I.....	11
A PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	11
1.1 Origem.....	11
1.2 Legitimação da Intervenção Penal – Teorias da Pena.....	12
1.3 Teoria Absoluta ou Retributiva.....	13
1.4 Teorias Preventivas da Pena.....	13
1.4.1 Teoria preventiva geral.....	14
1.4.2 Teoria preventiva especial.....	14
1.5 Teorias Mistas ou Unificadoras.....	16
CAPÍTULO II.....	17
O CÁRCERE NO BRASIL.....	17
2.1 Transformação Progressiva das Penas.....	21
2.1.1 Fases da vingança privada.....	22
2.1.2 Vingança divina.....	23
2.1.3 Vingança pública.....	23
2.2 Período Humanitário.....	24
2.2.1 O Direito penal e o iluminismo.....	24
2.2.2 Beccaria: "filho espiritual dos enciclopedistas franceses".....	24
2.2.3 Direito natural e sua influência.....	25
2.2.4 Escola clássica.....	26
2.3 Período Científico ou Criminológico.....	27
2.3.1 Lombroso, Ferri e Garófalo.....	27
2.4 A Prisão no Brasil.....	28
2.5 O Sistema Penitenciário Brasileiro e a Origem da Crise.....	33
2.6 Humanização do Cárcere.....	36
CAPÍTULO III.....	41
DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	41
3.1 Excepcionalidade.....	41
3.2 Jakobs e o Direito Penal do Inimigo.....	43
3.3 Zaffaroni e o Direito Penal do Inimigo.....	45
CAPÍTULO IV.....	48
O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD.....	48
4.1 Início e Aplicações.....	48
4.2 Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado	50
4.3 Natureza Jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado.....	56
4.4 Regime Disciplinar Diferenciado - Início dos Casos no Brasil.....	58
4.5 O Direito após o Regime Disciplinar Diferenciado à Luz das Decisões do Supremo Tribunal Federal e a Videoconferência.....	59

CAPÍTULO V.....	60
MODELO ESTADUNIDENSE.....	60
5.1 A Supermax Prision.....	60
5.2 Prisões de Segurança Máxima em Outros Países.....	63
5.3 Condenados Well-Known de Supermax.....	63
5.4 A Suprema Corte Norte Americana.....	64
5.5 O Programa Tolerância Zero.....	70
CAPÍTULO VI.....	72
DIREITOS HUMANOS.....	72
6.1 Garantias Individuais e a sua Origem para Direito Penal.....	72
6.2 Marco Normativo Geral de Proteção aos Direitos Humanos no Brasil.....	74
6.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento do Estado Democrático de Direito.....	76
6.4 O Regime Disciplinar Diferenciado à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	84
ANEXOS.....	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca refletir o pensamento de vários seguimentos daqueles tidos como “operadores do direito”, sejam juízes de direito, promotores de justiça, delegados de polícia, juristas, advogados, procuradores, e acadêmicos de direito.

Num trabalho de pesquisa junto á rede mundial de computadores, busca-se juntar numa sincronia lógica, a evolução do direito penal, desde sua origem, passando pelo fértil período iluminista, ao Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito pós Regime.

As notas e referências bibliográficas foram enriquecidas, com a finalidade de melhor orientar o usuário deste trabalho dando a este, condições de aprofundar-se nos vários temas propostos.

Dentro dessa metodologia, a proposta é criar um pensamento crítico a respeito da observância dos Direitos Humanos no Regime Disciplinar Diferenciado e até que ponto essa modalidade carcerária disciplina o preso.

No capítulo I discorre-se sobre a prisão, sua origem, a necessidade em criar-se regras para disciplinar a convivência das comunidades.

Tem-se nesse capítulo o período humanitário advindo com a Revolução Francesa onde deu-se início a preocupação com a pessoa do encarcerado.

Surge nesse período as chamadas Teorias da Pena na tentativa de explicar a finalidade das penas e das soluções aos índices de criminalidade.

No capítulo II, analisa-se, o cárcere no Brasil, e as transformações que as penas foram sofrendo durante as várias fases de evolução da sociedade e do direito.

Tem-se como um dos pontos fundamentais do capítulo, a obra de Beccaria “Dos Delitos e Das Penas” que é tida como o marco inicial de um pensamento voltado para a pessoa do encarcerado, surgido no período iluminista.

No capítulo III, faz-se uma menção ao direito penal do inimigo; teoria difundida por Jakobs, onde se prega que determinados tipos de delinqüentes devem ser tratados como inimigos do Estado por viverem à margem dos deveres impostos a todos os cidadãos. E como inimigos do Estado, não teriam direitos e nem garantias fundamentais, inerentes a todos os cidadãos nos termos da Constituição Federal do país.

Nessa mesma metodologia, o capítulo IV, trata do Regime Disciplinar Diferenciado propriamente dito, sua origem, início de aplicação, o Direito pós RDD, em quais circunstâncias o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado e qual a expectativa da população na época.

Traz-se decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com o posicionamento da Corte sobre a constitucionalidade ou não na implantação do detento no novo sistema.

A título de direito comparado, no capítulo V apresenta-se o modelo estadunidense de penitenciárias de segurança máxima as “Supermax Prison”.

Esse capítulo dentro da proposta traz traduções de página americanas, disponíveis na rede, composta de materiais jornalísticos e decisões da Suprema Corte Norte Americana ao analisar a implantação de detentos no sistema “supermax”.

No capítulo VI analisa-se a questão dos direitos humanos e a importância do princípio da dignidade humana ter sido erigido como fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988.

Como forma de melhor orientar o usuário deste trabalho, traz-se nos anexos documentos internacionais de proteção ao preso, tidos como instrumentos necessários e eficazes na defesa dos direitos humanos da pessoa encarcerada, e decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não do RDD.

Finalmente, nas conclusões, esboça-se uma opinião a respeito do tema, fazendo uma análise geral do material colacionado, com questionamentos atuais sobre segurança pública e os direitos inerentes a pessoa do encarcerado.

CAPÍTULO I

A PRISÃO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1.1 Origem

Busca-se de maneira sintética discorrer sobre a pena e sua origem, como maneira de introduzir os vários temas aqui propostos.

Autores como Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Roberto Lyra, entre outros, de maneira uníssona discorrem sobre este início de caminhada do direito e servem de referência para o desenvolvimento da matéria.

Com a vida em grupo ou comunidades surgiu, com o tempo, a necessidade de impor-se regras de condutas, com o objetivo de disciplinar os conflitos que se iniciavam, onde os povos antigos, desprovidos de um poder central baseavam suas regras no temor religioso e mágico, praticados por sacerdotes ou curandeiros, que na visão das comunidades detinham poderes mágicos, advindo de deuses, e pelo medo, impunham regras e modos de conduta.

Com o evoluir da civilização, tornou-se necessário criar regras de conduta, sendo as primeiras, as sanções criminais.

Não se tinha todavia, a visão da prisão como pena criminal, sendo as penas praticadas, aquelas tidas como corporais e cruéis, que iam desde a mutilação ao exílio.

Foi, no Séc XVIII, com a Revolução Francesa e o período Iluminista, que se passou a dar contornos humanitários às penas com o fim da pena de morte e das penas cruéis de mutilação.

Para Zaffarone, o período humanitário surgido com a Revolução Francesa, torna inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente.

Tem-se assim, nesse período, um novo pensar sobre as penas, dando uma maior importância para a pessoa do condenado.

Como obra marcante do período se tem o título “Do Delito e Das Penas” de Beccaria, que traz uma nova visão para a época sobre o preso e a pena que a este deveria ser imposta.

Na conclusão de sua obra, Beccaria (2001 p.107), assim se expressa:

Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Surge a partir daí, a idéia de recuperação do preso para o novo convívio social, pois se percebe que as penas corporais e cruéis, não diminuam o alto índice de criminalidade, passando-se num primeiro momento a impor em detrimento destas, penas baseadas no silêncio e no isolamento. Teve-se aí, o início do sistema penitenciário.

1.2 Legitimação da Intervenção Penal – Teorias da Pena

Em todas as épocas, sempre surgiu a necessidade da existência de sanções para regradar e dar limites à coexistência das pessoas, criando-se as penas e os castigos àqueles transgressores das normas, as quais, foram evoluindo em face de um sentido maior de humanização.

Segundo Santiago Mir Puig (2007), o Direito Penal desde a sua origem foi tido como meio de controle social.

O marco histórico, que deu um caráter mais humanitário para a pena, foi a obra de Beccaria intitulada “Dos delitos e das penas”, onde as penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo cederam seu espaço para outras, cuja finalidade era a recuperação do delinqüente, onde as penas corporais foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, persistindo este objetivo de humanização das penas, ainda nos dias de hoje.

Na tentativa de explicar as finalidades da pena e buscando solucionar os problemas da criminalidade surgiram as teorias da pena, inicialmente com a escola alemã, onde as teorias absolutas ou retributivas acentuaram na pena o seu caráter

retributivo ou aflitivo de mal injusto, que a ordem de Direito opõe à injustiça do mal praticado pelo delinqüente¹, ou seja, a pena é, especificamente, a resposta do sistema ao ilícito penal.

1.3 Teoria Absoluta ou Retributiva

Para a teoria absoluta, a pena é de caráter retributivo do mal pelo mal, ou seja, o ato injusto cometido, é retribuído através do mal que constitui a pena, onde não só a intervenção penal é utilizada para a efetivação da pena, mas também suas conseqüências, como intimidação, correção e supressão do meio social, onde a pena é uma retribuição à perturbação da ordem tutelada (NERY, 2005).

Assim, a teoria retributiva, é uma doutrina estranha a qualquer tentativa de socialização do criminoso e restauração da paz jurídica, na medida em que, é excepcionalmente social-negativa, ao levar o indivíduo ao sofrimento como compensação do mal e do crime.

1.4 Teorias Preventivas da Pena

As teorias preventivas buscam evitar a ocorrência de crimes no futuro, com uma função essencialmente preventiva, subdividindo-se em teoria preventiva especial em relação a fatos já praticados, e teoria preventiva geral, em relação a fatos ainda não praticados (Ibidem).

Segundo as teorias preventivas, a pena se traduz num mal para quem a sofre, todavia, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode bastar-se com essa característica em si mesma destituída de sentido social-positivo (Ibidem).

Para se justificar como um mal para quem a sofre, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção criminal.

¹ BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 14

1.4.1 Teoria preventiva geral

A Teoria Preventiva Geral, tem como objetivo intimidar os delinqüentes em geral, e ao mesmo tempo, robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança no Direito, onde a ameaça de uma pena, sua imposição e execução são direcionadas a todos os cidadãos.

Assim, a prevenção geral negativa ou de intimidação da pena, pode ser concebida como forma de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinqüente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais (Ibidem).

Todavia, como prevenção geral positiva ou de integração, a pena pode ser concebida, de forma que o Estado possa servir para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal.

1.4.2 Teoria preventiva especial

A Teoria Preventiva Especial, visa a prevenção da reincidência, sendo destinada ao delinqüente castigado com uma pena, sendo instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que no futuro ele cometa novos crimes (GOMES, 2008).

Difere da prevenção geral, pois o fato não se dirige à coletividade mas a uma pessoa determinada que é o sujeito delinqüente, buscando evitar que este volte a delinqüir, portanto, essa teoria não busca retribuir o fato passado, mas, justificar a pena como meio de prevenir novos delitos pelo autor (NERY, 2005).

Segundo Ferrajoli² (2000), a doutrina da prevenção especial segue tendências, dentre elas, a doutrina teleológica de *la diferenciación de la pena*, que Franz Von Liszt expõe em seu célebre Programa de Marburgo (1882). Segundo esta visão, a função da pena e do Direito Penal é proteger bens jurídicos, incidindo na personalidade do

² FERRAJOLI, Luigi. Derecho e Razón. 4ª ed. Madri : Editorial Trotta, 2000

delinqüente através da pena, e com a finalidade de que não volte a delinqüir (NERY, 2005).

Desta forma, a prevenção especial, tendo em vista o tipo de delinqüente, pode subdividir-se em prevenção positiva, que persegue a ressocialização do delinqüente através de sua correção, com uma pena dirigida ao tratamento do delinqüente e prevenção negativa, a qual busca tanto a intimidação como a inocuização, mediante a privação da liberdade daqueles que não são corrigíveis nem intimidáveis, buscando neutralizar a possível nova ação delitiva através de institutos como, a pena de morte, o isolamento etc.

Para Roxin³ (2003), ao deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal, a teoria da prevenção especial tende mais que um Direito Penal da Culpa retributivo. Outra objeção consiste no fato de que, nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição e esclarece:

O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ressocialização alguma; nem tampouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então permanecer impunes? A teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações. O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que fazem à margem da sociedade. Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. A teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o Direito Penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.

Destaca-se, finalmente, o posicionamento de, Shecaira e Correa Junior⁴ (2002), os quais entendem que:

³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tradução para o espanhol de Diego Manuel Luzón Pena. Madri, Civitas.

⁴ SHECAIRA, Sergio Salomão e CORREA JUNIOR. Teoria da Pena. Editora dos Tribunais. 1ªed.2002.

a prevenção especial pode representar uma idéia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias. Suas qualidades, por outro lado, são inescondíveis. Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.

1.5 Teorias Mistas ou Unificadoras

As teorias mistas ou unificadoras buscam reunir em um conceito único os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas e acolhe a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena. Deste modo, afirma MIR PUIG⁵ (1982): “Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena”.

As teorias unificadoras partem da crítica às teorias absolutas e teorias relativas, e sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. Esse é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena (GOMES, 2008).

Na doutrina brasileira adotou-se a teoria mista ou unificadora onde não existe a prevalência de um determinado fator, ou seja, não existe prevalência da retribuição, nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se, sem que exista uma hierarquia (NERY, 2005).

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.

CAPÍTULO II

O CÁRCERE NO BRASIL

Reportar-se ao cárcere no Brasil de hoje, é reportar-se a uma política equivocada, que remonta ao Brasil Colônia onde os princípios ligados às funções inerentes a prisão, demonstram os sentimentos da sociedade em relação aos desvios daqueles que praticam crimes, e as causas admitidas pelo senso comum para sua ocorrência (LIMA FILHO, 2006).

O primeiro registro sobre a existência de prisão em território pátrio está no Livro V das Ordenações Filipinas do Reino⁶, Código de leis portuguesas, então em vigor no Brasil, e que atribuía à Colônia, entre outras funções, a de prisão de degredados. Os apenados, pelo texto legal, eram os alcoviteiros, culpados por ferimentos por armas de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos e contrabando de pedras e metais preciosos (Ibidem).

A primeira prisão brasileira, todavia, veio com a Carta Régia de 1769, que mandou estabelecer ainda, a Casa de Correção do Rio de Janeiro, e somente a partir da Constituição de 1824⁷ existiu uma previsão mais abrangente sobre o tema, com a estipulação de prisões adaptadas ao trabalho e separação dos réus. O Código Criminal de 1830 regularizou a pena de trabalho e da prisão simples, e o Ato Adicional de 12.08.1834 deu às Assembléias Legislativas provinciais o direito de legislar sobre a criação e funções dos presídios (LIMA FILHO, 2006).

A realidade sub-humana das prisões brasileiras já se manifestava no início do século XIX. Exemplo maior é encontrado na "Cadeia da Relação"⁸, no Rio de Janeiro,

⁶ BRASIL.Ordenações Filipinas. Livro V, Títulos XXXII,XXXV,XLII,XLV,XLIX,LII,LVI. Rio de Janeiro, Typografia do Instituto Philomathico, 14^a. edição, 1870,p.91 e segs.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. Inc. XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

⁷ BRASIL.Constituição do Império do Brasil, título VIII, art.179, número XX.Rio de Janeiro.

⁸ Localizada no Rio de Janeiro, foi instituída pelo bispo Antônio de Guadalupe em 1735. A cadeia do Aljube era conhecida como "prisão eclesiástica do Aljube", em função da origem árabe da palavra Aljube que significava cárcere eclesiástico. Com a vinda da família real para o Brasil, esta área de reclusão foi

que comportava presos em número muito maior que sua capacidade instalada, sem qualquer separação por categoria de apenados, todos participando de um destino comum: a subnutrição e as doenças (LIMA FILHO, 2006)

Foi com o Código Penal de 1890, que surgiram modalidades de penas como a prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar e o regime progressivo para a execução penal, dispondo em seus artigos 50 e 51 que:

o condenado à prisão celular por tempo excedente há seis anos que houvesse cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderia ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de cumprir o restante da sentença.

Implantou-se também a idéia de separação de presos por categoria (contraventores, loucos, menores, criminosos de média e alta periculosidade e mulheres), bem como o trabalho remunerado nas prisões⁹ (LIMA FILHO, 2006).

A visão da pena como meio de regeneração do condenado, veio com o Código Penitenciário da República, de 1935, idéia que se alinhou com aquelas já instaladas pela legislação de 1890, relativas à progressão de regime e separação de condenados (Ibidem).

Em 1832, os estudiosos preocuparam-se em melhorar a sorte dos presos, até então ninguém havia se preocupado. A segurança nas prisões precisava de atenção pública, pois a preocupação era dos especialistas no Brasil-colônia.

O Código Penal de 1830 não estabelecia um regime penitenciário, nem se referia a tipos especiais de presídios, prevalecendo a confusão de detentos e a promiscuidade, desobedecendo qualquer princípio de ordem, higiene e moral.

O Código Penal de 1890, foi mais avançado nas penitenciárias agrícolas, mas o sistema adotado não foi posto em execução, pois as colônias agrícolas, estágio para a obtenção do livramento condicional, regulamentado pelo decreto 16.665 de 06/11/1924, não foram estabelecidas, continuando as penas, sem distinção, cumprindo-se em cadeias e presídios, havendo desrespeito à pessoa do preso, o que feria a própria

transformada em prisão comum, recebendo o nome de Cadeia da Relação em 1823. Em 1856, foi desativada e transformada em casa residencial.

⁹ BRASIL. Decreto no. 8233 de 22 de dezembro de 1910. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915, p. 550.

Constituição de 1891 http://www.pr.gov.br/depen/downloads/monografia_vera_lucia.pdf. Acesso em 12/2007).

O Código Penal de 1940, estabeleceu em regime semelhante ao progressivo, fazendo referência à colônia penal ou estabelecimento similar para cumprimento do terceiro estágio da pena. Mesmo sem negar o que de bom foi realizado, pouca coisa se modificou quanto ao tratamento dos condenados, que continuaram a viver misturados em amontoados humanos, o que afirma que deveria ser mudado (LIMA FILHO, 2006).

Em que pesem os avanços da política prisional desde os idos do Brasil Colônia e do Império, a idéia básica permaneceu a mesma na primeira metade do século XX, qual seja a de que a cadeia deveria causar temor, amedrontando a sociedade frente ao poder do Estado policial, para que as pessoas evitassem a prática de crimes por receio das penalidades conseqüentes (Ibidem).

No Brasil de hoje, o sistema prisional, segundo informação do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça¹⁰, é composto de estabelecimentos penais, conceituados como todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos a medida de segurança (LIMA FILHO, 2006).

Referidos estabelecimentos se dividem em categorias, conforme abaixo:

- Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a módulos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;
- Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;
- Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação a pena privativa de liberdade em regime fechado, divididas em penitenciárias de segurança máxima especial, dotadas

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Conceituação e Classificação de Estabelecimentos Penais. Departamento Penitenciário Nacional.

exclusivamente de celas individuais, e de segurança média ou máxima, que contam como celas individuais e coletivas;

- Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semi-aberto;
- Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;
- Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;
- Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas a medida de segurança.

Com o advento da Lei nº 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal), que previu a criação do Sistema Penitenciário Federal, surgiram novas unidades prisionais em Campo Grande (MS), Catanduvas (PR), Mossoró (RN) e Porto Velho (RO), com capacidade total para 800 presos de alta periculosidade, que possam comprometer a segurança do presídio ou serem alvos de atentado (LIMA FILHO, 2006).

Ao lado da expressa determinação trazida pela Lei no. 7.210/84, as centenas de estabelecimentos penais brasileiros servem a um propósito bem definido, que é o de expurgar da sociedade aquilo que a incomoda, que representa um problema. A exemplo dos leprosos das Idades Antiga e Média, ou dos loucos de todo gênero, o criminoso deve ser eliminado do convívio social, depositado longe da vista da sociedade.

Tamanha a exclusão a que são submetidos os integrantes dessa massa carcerária, que cria-se uma estrutura própria de poder, com procedimentos específicos, em que se apresentam as figuras do "líder" e dos submissos, material ou sexualmente.

Embora de aplicação diferenciada, inserem-se ainda no padrão carcerário, diversas normas típicas da sociedade como um todo, pela ausência de impunidade, pela seriedade com que o seu descumprimento é punido, via de regra com a morte do

infrator. Leis comerciais rígidas, inadimplência próximo a zero, solidariedade e até mesmo rígido respeito ao sono do companheiro, fazem parte do dia-a-dia prisional, moldando uma estrutura que conta com leis próprias e que insere o apenado, em sua chegada, num mundo bastante diverso daquele em que vivia anteriormente. (Ibidem)

A pena deve servir, em tese e, no Brasil, desde 1890, para demonstrar o poder punitivo/coercitivo do Estado e para propiciar a reflexão do apenado, que deverá cumpri-la em condições de preparar-se para o retorno ao convívio social (Ibidem).

No sistema carcerário nacional, o primeiro objetivo é atingido em parte, e o segundo não existe, pois o presidiário é um ser indesejado, e a vontade social de eliminar o problema, e a concordância tácita de que tal eliminação efetivamente exista, afeta diretamente e de forma negativa a vontade política para mudar a situação e intensificar as políticas para a efetiva regeneração do criminoso apenado (Ibidem).

2.1 Transformação Progressiva das Penas

As primeiras penas remontam a origem da humanidade, podendo-se todavia, afirmar o seu início com o período da vingança privada que se prolongou até o século XVIII. Naquele período não se poderia admitir a existência de um sistema orgânico de princípios gerais, já que grupos sociais dessa época eram envoltos em ambiente mágico e religioso. Fenômenos naturais como a peste, a seca, e erupções vulcânicas eram consideradas castigos divinos, pela prática de fatos que exigiam reparação¹¹ (<http://vlj.spaceblog.com.br/70907/EVOLUCAO-DAS-PENAS/>. Acesso em 01/2008).

A vingança penal, pode ser distinguida em diversas fases de evolução, tais como: da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública. Entretanto, essas fases não se sucedem umas às outras. Uma fase convive com a outra por largo período, até constituir orientação prevalente, para em seguida passar a conviver com a que lhe segue. Assim, a divisão cronológica é meramente secundária, já que a separação é feita por idéias (Ibidem).

¹¹ COSTA, Alexandre Mariano. O trabalho prisional e a reintegração do detento. Florianópolis: Insular, 1999. 104p.:II (Coleção Teses)

Tem-se também, o período humanitário, que transcorreu durante o lapso de tempo compreendido entre 1750 e 1850, período este marcado pela atuação dos pensadores que contestavam os ideais absolutistas. E caracterizava-se como uma reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter atroz das penas. Em seguida tem-se o período científico, também conhecido como período criminológico, que é uma fase caracterizada por um notável entusiasmo científico (Ibidem).

2.1.1 Fases da vingança privada

Nesta fase a idéia retributiva da ofensa era desproporcional a ação, onde havia uma reação não só da vítima, mas dos parentes e do grupo social (tribos) que agiam, atingindo não só o ofensor mas todo o seu grupo, de maneira desproporcional a ofensa. A inexistência de um limite (falta de proporcionalidade) no revide à agressão, bem como a vingança de sangue, foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se na mais freqüente forma de punição, adotada pelos povos primitivos. A vingança privada constituía uma reação natural e instintiva, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica (Ibidem).

Com o evoluir dos tempos, a vingança privada, produziu duas grandes regulamentações: o talião e a composição. Apesar de se dizer comumente pena de talião, não se tratava propriamente de uma pena, mas de um instrumento moderador da pena. Consistia em aplicar no delinqüente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção (Ibidem).

Através da composição, o ofensor comprava sua liberdade com dinheiro, gado, armas, etc. Adotada, também, pelo Código de Hamurabi (Babilônia 2.300 a.C.), pelo Pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia 2.300 a.C.), largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das indenizações cíveis e das multas penais¹² (<http://vlj.spaceblog.com.br/70907/EVOLUCAO-DAS-PENAS/>. Acesso em 01/2008).

¹² OLIVEIRA, Eduardo. Direitos Humanos – A luta contra o arbítrio numa visão global. REVISTA CONSULAX – Ano V no. 100 – 15 de maio/2001, Brasília - DF

2.1.2 Vingança divina

Nesta fase, a religião atinge influência decisiva na vida dos povos antigos onde a repressão ao delinqüente tinha por objetivo aplacar a ira do deus ofendido pelo crime e castigar o infrator, onde os sacerdotes é que tinham a missão de administrar a sanção penal e, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça. Nesta fase aplicavam-se penas cruéis, severas e desumanas, como meio de intimidação (DUARTE, 2005).

2.1.3 Vingança pública

Com o desenvolvimento do poder político, surge, no seio das comunidades, a figura do chefe ou da assembléia. Aqui, a pena perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, representativa dos interesses da comunidade, onde não era mais o ofendido ou mesmo os sacerdotes, os agentes responsáveis pela punição e sim o soberano, Rei, Príncipe e/ou Regente que exercia sua autoridade em nome de Deus, cometendo inúmeras arbitrariedades (Ibidem).

Nessa época a pena de morte era uma sanção largamente difundida e aplicada por motivos que hoje são considerados insignificantes. Costumeiramente mutilava-se o condenado confiscando seus bens e extrapolava-se a pena até os familiares do infrator. Embora a criatura humana vivesse aterrorizada nessa época, devido à falta de segurança jurídica, verifica-se avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado. Tempo de desespero, noite de trevas para a humanidade, idade média do Direito Penal. Vai raiar o sol do Humanismo¹³ (<http://vlj.spaceblog.com.br/70907/EVOLUCAO-DAS-PENAS/> Acesso em 01/2008).

¹³ LINS e SILVA, Eduardo. A história da pena é a história de sua abolição. REVISTA CONSULEX – ANO V No. 104 – 15 de maio de 2001. Brasília DF.

2.2 Período Humanitário

2.2.1 O Direito penal e o iluminismo

No pensamento iluminista Deus era visto como expressão máxima da razão, o legislador do universo, respeitador dos direitos universais do homem, da liberdade de pensar e se exprimir. Nas palavras de Voltaire, o Deus iluminista racional era o grande relojoeiro, era também o criador da lei e lei no sentido expresso por Montesquieu, ou seja, uma relação necessária que decorre da natureza das coisas¹⁴.

Os escritos de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert prepararam o advento do humanismo e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal, fundamentando uma nova ideologia, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça: à arbitrariedade se contrapôs a razão, à determinação caprichosa dos delitos e das penas se pôs a fixação legal das condutas delitivas e das penas (DUARTE, 2005).

2.2.2 Beccaria: "filho espiritual dos enciclopedistas franceses"

Influenciado pelo espírito iluminista, em 1764, César Bonesana Marquês de Beccaria, faz publicar a obra "Dei Delitti e Delle Pene", que, posteriormente, foi chamado de "pequeno grande livro", por ter se tornado o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente¹⁵ (DUARTE, 2005).

As lições de Baccaria¹⁶, influenciaram de forma incisiva o Direito Penal moderno, e muitos dos princípios instituídos em sua obra foram adotados pela declaração dos Direitos do homem da revolução Francesa. Segundo ele, deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei. A lei seria obra exclusiva do legislador ordinário, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Quanto a

¹⁴ Idem.

¹⁵ OLIVEIRA, Edmundo. Prisões Federais – Direito Penal Comparado. Prisões fechadas em modernos programas de sistemas penitenciários, Revista Jurídica Eletrônica CONSULEX, ano VII, no, 154, 15 de junho de 2003.

¹⁶ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo Hermus, 1983.

crueldade das penas afirmava que era de todo inútil, odiosa e contrária à justiça. Sobre as prisões de seu tempo dizia que era a horrível mansão do desespero e da fome, faltando dentro delas a piedade e a humanidade (DUARTE, 2005).

2.2.3 Direito natural e sua influência

A Escola do Direito Natural surgiu entre os séculos XVI e XVIII, na chamada fase nacionalista, tendo como precursores Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e Kant. A doutrina que pregavam, tinha como principais pontos: a natureza humana como fundamento do Direito; o estado de natureza como suposto racional para explicar a sociedade; o contrato social e os direitos naturais inatos. De conteúdo humanitário, e influenciada pela filosofia racionalista, a Escola concebeu o Direito Natural como eterno, imutável e universal (Ibidem).

A corrente que se formou com a Escola do Direito Natural, chamada jusnaturalismo prolongou-se até a atualidade. Romagnosi, um dos iniciadores da Escola Clássica, fundamentou sua obra, "Gênesis do Direito Penal", concebendo o Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas. Embora ainda sob uma pseudo-compreensão de alguns juristas, o Direito Natural tem sobrevivido e mostrado que não se trata de idéia metafísica ou princípio de fundo simplesmente religioso¹⁷ (DUARTE, 2005).

Na atualidade o jusnaturalismo constitui um conjunto de amplos princípios, a partir dos quais o legislador deverá compor a ordem jurídica. Os princípios mais apontados referem-se ao direito à vida, à liberdade, à participação na vida social, à segurança, etc. É evidente a correlação que existiu e ainda existe entre Direito Natural e Direito Penal: os princípios abordados pelo jusnaturalismo, especialmente os correspondentes aos direitos naturais inativos, estão devidamente enquadrados no rol dos bens jurídicos assegurados pelo Direito Penal. Assim, o jusnaturalismo e seus princípios não deixaram de influenciar o período Humanitário, no qual buscava-se os

¹⁷ OLIVEIRA, Edmundo. Prisões Federais – Direito Penal Comparado. Prisões fechadas em modernos programas de sistemas penitenciários, Revista Jurídica Eletrônica CONSULEX, ano VII, no, 154, 15 de junho de 2003

direitos individuais e a valorização dos direitos intocáveis dos delinqüentes e a conseqüente dulcificação das sanções criminais¹⁸ (DUARTE, 2005).

2.2.4 Escola clássica

Como iniciadores da escola clássica podemos destacar: Gian Domenico Romagnosi, na Itália. Jeremias Bentham, na Inglaterra e Anselmo Von Feuerbach na Alemanha¹⁹.

Na concepção de Romagnosi, o Direito Penal é um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas, que deve ser exercido mediante a punição dos delitos passados para impedir o perigo dos crimes futuros. Já, na concepção de Jeremias Bentham a pena se justificava por sua utilidade: impedir que o réu cometa novos crimes, emendá-lo, intimidá-lo, protegendo, assim a coletividade. Anselmo Von Feuerbach diz que o fim do Estado é a convivência dos homens conforme as leis jurídicas. A pena segundo ele, coagiria física e psicologicamente para punir e evitar o crime (MIRABETTI, 2007).

Na escola Clássica, havia três teorias para definir as finalidades precípua para a pena: a absoluta – que entendia a pena como exigência de justiça; a relativa – que assinalava um fim prático de prevenção geral e especial; e a mista – como resultando da fusão de ambas, mostrava a pena como utilidade e ao mesmo tempo como exigência de justiça²⁰.

Na Escola Clássica, se distinguiram dois períodos: o filosófico ou teórico e o jurídico ou prático. No período filosófico, destaca-se a incontestável figura de Beccaria. Já Pisa Francisco Carrara, que tornou-se o maior vulto da Escola Clássica aparece no segundo período. Carrara defende a concepção do delito como ente jurídico, constituído por duas forças: a física - movimento corpóreo e dano causado pelo crime, e a moral - vontade livre e consciente do delinqüente²¹, definindo o crime como sendo a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos,

¹⁸ Idem.

¹⁹ LINS e SILVA, Eduardo. A história da pena é a história de sua abolição.

²⁰ Idem, LINS e SILVA, Eduardo.

²¹ Idem.

resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso (DUARTE, 2005).

2.3 Período Científico ou Criminológico

2.3.1 Lombroso, Ferri e Garófalo

Com sua obra *L'uomo Delinquente*, César Lombroso através do estudo do delinqüente e a explicação causal do delito ditou os novos rumos do Direito Penal após o período humanitário. O ponto nuclear de seu pensamento é a consideração do delito como fenômeno biológico e o uso do método experimental para estudá-lo.

Lombroso foi o criador da "Antropologia Criminal", e afirmava a existência de um criminoso nato, caracterizado por determinados estigmas somato-psíquicos e cujo destino indeclinável era delinqüir, sempre que determinadas condições ambientais se apresentassem. No mesmo período, Henrique Ferri com a "Sociologia Criminal", ressaltou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Os dois primeiros, juntamente com Garófalo, no campo jurídico, com sua obra "Criminologia", podem ser considerados os fundadores da Escola Positivista²² (DUARTE, 2005).

Foi, no entanto Rafael Garófalo, a usar primeiramente a denominação "Criminologia" para as Ciências Penais. Fez estudos sobre o delito, o delinqüente e a pena. Esses pensadores afirmavam que a pena não tem um fim puramente retributivo, mas, uma finalidade de proteção social que se realiza através dos meios de correção, intimidação e / ou eliminação (Idem).

O Direito Penal, foi diretamente influenciado pelo movimento naturalista do século XVIII, que pregava a supremacia da investigação experimental em oposição à indagação puramente racional (DUARTE, 1999).

²² Idem, LINS e SILVA, Eduardo.

A Escola Positivista portanto, surgiu na época de franco domínio do pensamento positivista, no campo da filosofia através de Augusto Comte e das teorias evolucionistas de Darwin e Lamark, e das idéias de John Stuart e Spencer²³ (DUARTE, 2005).

Enquanto para a Escola Clássica o Direito preexistia ao Homem, ou seja, era transcendental, visto que lhe fora dado pelo criador, para poder cumprir seus destinos, para a Escola Positivista, o Direito era o resultado da vida em sociedade e sujeito a variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução. César Lombroso, médico psiquiatra e pioneiro da Escola Positivista, acreditava que a criminalidade apresentava, fundamentalmente, causa biológica, descrevendo o criminoso como sendo: assimetria craniana, fronte fúgida, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa (SILVA, 2005).

Lombroso acrescenta que o criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente impulsivo, insensível, vaidoso e preguiçoso (Ibidem).

2.4 A Prisão no Brasil

No Brasil colônia, já havia menção de existência na Bahia, de uma “cadeia muito boa e bem acabada com casa de audiência e câmara em cima, tudo de pedra e barro, rebocadas de cal, e telhado com telha”²⁴. Nas cidades e vilas, as prisões se localizavam no andar térreo das câmaras municipais e faziam parte constitutivas do poder local e serviam para recolher desordeiros, escravos fugitivos e criminosos à espera de julgamento e punição (SILVA, 2005).

Os presos mantinham contato com transeuntes através das grades; recebiam esmolas, alimentos, informações²⁵. Também se alocavam em prédios militares e fortificações (Ibidem).

No Rio de Janeiro, a Igreja cedeu o Aljube, antigo cárcere eclesiástico usado para a punição de religiosos, para servir de prisão comum após a chegada da Família

²³ idem.

²⁴ RUSSEL – WOOD .A. J.R. Fidalgos e Filantropos: a Santa Casa de Misericórdia da Bahia, 1550-1.755. P.39.Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Ed. da UnB, 1981.

²⁵ SALLA, Fernando. As Prisões em São Paulo: 1822-1940. P. 41. São Paulo: Annablume, 1999.

Real. Em 1829, uma comissão de inspeção nomeada pela Câmara Municipal afirmaria: “O aspecto dos presos nos faz tremer de horror”; eram 390 detentos, e cada um dispunha de uma área aproximada de 0,6 por 1,2 m². Em 1831, o número de presos passaria de 500. Em 1856, o Aljube foi desativado²⁶ (SILVA, 2005).

Em 1821, o príncipe regente D. Pedro através de um decreto, marca o início da preocupação das autoridades com o estado das prisões: ninguém será “lançado” em “masmorra estreita, escura ou infecta” porque “a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar”²⁷ (SILVA, 2005).

Reafirmando a mesma preocupação, a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179 § 21, determinava: “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”²⁸ (SILVA, 2005).

Ficou reservada para os casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos, a pena de morte na forca. No regime anterior, esta pena estava prevista para mais de 70 infrações²⁹ (SILVA, 2005).

A pena capital foi ampliada em 1835, sendo aplicada também, aos escravos que ferissem gravemente, matassem ou tentassem matar o senhor ou feitor (Idem).

Manteve-se a pena de galés que significava fazer trabalhos forçados em obras públicas. A principal novidade do Código Criminal de 1830, foi o surgimento das penas de prisão com trabalho onde o condenado tinha a obrigação de trabalhar diariamente dentro do recinto dos presídios. Em alguns desses casos, a pena podia ser perpétua ou de prisão simples, e consistia na reclusão pelo tempo marcado na sentença, a ser cumprida nas prisões públicas que oferecessem maior comodidade e segurança e na maior proximidade possível dos Lugares dos delitos³⁰ (SILVA, 2005).

Não havia cadeias adequadas, tanto que, o código determinava que, até a construção de novos estabelecimentos, a prisão com trabalho se converteria em prisão simples, com o acréscimo de mais um sexto na duração da pena (Idem).

²⁶ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. A prisão. P. 38. São Paulo:Publifolha, 2002.

²⁷ SALLA, Fernando. As Prisões em São Paulo: 1822-1940. P.43. São Paulo:Annablume, 1999.

²⁸ Constituição de 1824, p. 34

²⁹ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

³⁰ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. A prisão. São Paulo: Publifolha, 2002

Com a lacuna estabelecida, projetou-se dois novos estabelecimentos, sendo um no Rio de Janeiro e outro em São Paulo. Surgiram aí, as casas de correção, inauguradas respectivamente em 1850 e 1852. Pode-se dizer que elas simbolizam a entrada do país na era da modernidade punitiva contando com oficinas de trabalho, pátios e celas individuais (Idem).

Buscavam a regeneração do condenado por intermédio de regulamentos inspirados no sistema de Auburn³¹ além de um recinto especial, o calabouço, destinado a abrigar escravos fugitivos e entregues pelos proprietários à autoridade pública, em depósito, ou para que recebessem a pena de açoite (Idem).

Nesse período, juristas e funcionários viajam ao exterior para conhecer sistemas penitenciários sendo debatida a criação de colônias penais marítimas, agrícolas e industriais. Nasce então a preocupação com o estudo científico da personalidade do delinqüente. O criminoso passa a ser visto como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital³² (SILVA, 2005).

O caráter temporário das penas restritivas da liberdade individual, é estabelecido com a vinda da República, onde as penas não podiam exceder a 30 anos, o que prevalece até a atualidade, desaparecendo aí, como meio de punição a força e o galés³³ (SILVA, 2005).

Para a maioria das condutas criminosas o novo Código dispunha que o preso teria um período de isolamento na cela passando depois para o regime de trabalho obrigatório em comum, segregação noturna e silencio diurno. Dispunha ainda que o condenado a pena superior a seis anos, com bom comportamento, e depois de cumprida a metade da sentença, poderia ser transferido para alguma penitenciária agrícola (Idem).

Desfrutando de bom comportamento, faltando dois anos para o fim da pena, teria a perspectiva do comportamento condicional. Nessa época, mais precisamente em 1920, a penitenciária de São Paulo, no bairro do Carandiru foi inaugurada, como sendo

³¹ Nova Iorque, 1821: os prisioneiros podiam manter comunicação pessoal apenas durante o dia, pois, à noite eram mantidos em completo isolamento. As regras de silêncio eram aplicadas com severidade e o trabalho e a disciplina eram condicionados aos apenados com finalidade de ressocialização e, via de consequência de preparação para o retorno ao meio social.

³² SALLA, Fernando. As prisões em São Paulo:1822-1940. P. 134. São Paulo: Annablume. 1999.

³³ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. A Prisão. São Paulo: Publifolha, 2002.

um marco na evolução das prisões, modelo de instituto de regeneração, com oficinas, enfermarias, escola, corpo técnico, acomodações adequadas e segurança (Idem).

Em 1940 o novo sistema criado, define cerca de 300 infrações a serem punidas, em tese, com pena privativa de liberdade (reclusão e detenção). Em 1941, a lei de Contravenções Penais, definiu 69 infrações de gravidade menor e previu 50 vezes a pena de prisão simples, a ser cumprida sem rigor penitenciário³⁴ (SILVA, 2005).

Em 1956, São Paulo inaugura a Casa de Detenção no Carandiru, com 3.250 vagas, para presos à espera de julgamento, passando a abrigar também condenados, sendo desativada em 2002 (Idem).

Com a crescente preocupação da superlotação carcerária a partir de 1977, passou a difundir-se o entendimento de que a prisão deveria ser reservada para crimes mais graves e delinqüentes perigosos. Teve-se assim, a ampliação dos casos de sursis, a criação da prisão albergue estabelecendo-se os atuais regimes de cumprimento da pena de prisão: fechado, semi-aberto e aberto, sendo em 1984 criada a possibilidade de aplicação de penas alternativas (Idem).

De fato, a pena no Brasil, no início do Brasil-Colônia se limitava aos estabelecidos nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas que consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes³⁵ (SILVA, 2005).

Em 1823, a Assembléia Constituinte decretou a aplicação provisória da Legislação do Reino; continuaram, assim, a vigorar as Ordenações Filipinas, que com a Constituição de 1824 foram revogadas parcialmente. Naquele mesmo ano de 1823

³⁴ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas. São Paulo:RT 1998.

³⁵ *Ordenações Afonsinas* - Lei promulgada por Dom Afonso V, em 1446. Vigorou até 1521. Serviu de modelo para as ordenações posteriores, mas nenhuma aplicação teve no Brasil.

Ordenações Manuelinas- As Ordenações Manuelinas continham as disposições do Direito Medieval, elaborado pelos práticos, e confundiam religião, moral e direito. Vigoraram no Brasil entre 1521 e 1603, ou seja, somente após o início da exploração Portuguesa, não chegando a ser verdadeiramente aplicadas porque a justiça era realizada pelos donatários.

Ordenações Filipinas - As Ordenações Filipinas vieram a ser aplicadas efetivamente no Brasil, sob a administração direta do Reino. Tiveram vigência a partir de 1603, findando em 1830 com o advento do Código do Império. TELES, Ney Noura, Direito Penal; Parte Geral –I. 1 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

foram encarregados de elaborar um Código Penal os parlamentares José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos. Tendo cada um apresentado seu projeto, preferiu-se o de Bernardo, que sofreu alterações e veio a constituir o Código de 1830 (Idem).

A pena de morte ainda foi mantida e posteriormente revogada por D. Pedro II, quando do episódio da execução de Mota Coqueiro, no Estado do Rio, que acusado injustamente, depois de morto, teve provada sua inocência³⁶ (SILVA, 2005).

O Código Francês de 1810 e o da Baviera de 1813 influenciaram diretamente o Código de 1830, tendo, por sua vez, influenciado o Espanhol de 1848, que foi a base do de 1870 e que, por sua vez, veio a se constituir em modelo para os demais códigos de língua espanhola (Ibidem).

Percebe-se assim, a importância de nosso Código do Império que não deixou de receber severas críticas, por ser considerado liberal, estabelecendo a imprescritibilidade das penas, a incriminação dos delitos religiosos como mais importantes e mantendo a pena de morte (Ibidem).

Em 1832 foi editado o Código de Processo Penal e com a República foi promulgado novo Código Penal, pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, baseado no projeto de Batista Pereira, em que foram adotados os princípios da escola clássica: a reserva legal e a divisão dicotômica da infração penal (Ibidem).

Mas continuava a edição de inúmeras leis. Em 14 de dezembro de 1932, foi aprovada e entrou em vigência a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe. Tal legislação, de aplicação paralela ao Código Penal de 1890 - por disposição expressa do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, em seu parágrafo único do art. 1º - , disciplinava que seus dispositivos não revogavam outras disposições da legislação penal em vigor, a não ser em caso de incompatibilidade. (Ibidem)

³⁶ Manuel da Mota Coqueiro, acusado de mandar matar Francisco Bennedito da Silva e sua família, entrou para a história como o último condenado à morte que teve a pena executada no Brasil. Após sua execução em 6 de março de 1855 por enforcamento, sua suposta inocência teria levado o imperador Dom Pedro II a comutar todas as sentenças de morte em penas perpétuas - galés ou prisão. A execução de Coqueiro ocorreu às 2 horas da tarde e, segundo fonte de época, suas últimas palavras foram: *O crime fez-se, porém eu sou inocente; peço perdão ao povo e à justiça, assim como eu perdôo de todo o meu coração.* CARVALHO FILHO, Luís Francisco - Mota Coqueiro - o erro em torno do erro - in Revista Brasileira de Ciências Criminais - V. 33 – 2001.

Por sua vez, o Código de 1840, entrou em vigência com o aparecimento do Estado Novo comandado por Getúlio Vargas, em plena II Grande Guerra, refletindo as mudanças e angústias daquela época. Foi inspirado no Código Penal Italiano de 1930, o chamado Código de Rocco, e no Código Suíço de 1937. O Código de Francisco Campos vigora entre nós em sua parte especial até os dias de hoje. A parte geral foi modificada em 1984, por meio da Lei 7.209/84, mas a parte especial, por envolver questões de grande polêmica social, foi deixada de lado (Ibidem).

Tivemos, a partir daí, o Código de Processo Penal (Decreto n. 3.689, de 3/10/1941), a Lei das Contravenções Penais (Decreto n. 3.688, também de 3/10/1941), a Lei de Introdução ao Código Penal (9/12/1941) e o Código Penal Militar (Decreto n. 6.227, de 24/1/1944). Em 1962, Nelson Hungria ficou encarregado de elaborar um novo projeto de Código. Em 1964 foi designada uma comissão para a revisão do projeto final, composta pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno C. Fragoso. Em 1969 o projeto foi promulgado pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro, mas restou revogado sem ter vigência (CANTO, 1999).

A partir de sua edição, o Código Penal de 1940, sofreu várias alterações, como as de 1977 e 1984, pelas Leis n. 6.416 e 7.209, respectivamente. Esta última, de 13/07/84, com eficácia a partir de 12/01/85, trata-se do nosso efetivo Código Penal que alterou substancialmente certos aspectos contidos no ordenamento anterior. Dentre as modificações, podemos citar, como relevantes, a figura do arrependimento posterior, a criação de um artigo próprio para a reabilitação e o desaparecimento das penas acessórias (Ibidem).

2.5 O Sistema Penitenciário Brasileiro e a Origem da Crise

Na América Latina, assim como no Brasil, não raras vezes, ainda vigoram muitos elementos do sistema inquisitorial de fazer justiça, dando-se salutar importância a confissão do acusado em detrimento das próprias evidências conseguidas mediante investigação, motivando-se assim a prática constante das torturas em delegacias.

Na fase judicial, na maior parte das vezes, os processos continuam secretos com sentenças dadas por escrito, sem a audiência pública e aberta longe das várias partes

envolvidas. As provas chegam até o juiz pelos policiais que não são controlados pelo Ministério Público, nem inquiridos em sessão aberta ao público para que todos possam apreciar a veracidade das provas por eles arroladas contra os acusados³⁷ (SILVA, 2005).

O resultado é, cada vez mais presos, muitas vezes condenados, ao arrepio das garantias individuais inerentes a todo cidadão, mais como resposta ao clamor popular, do que especificamente para se fazer justiça, motivando inclusive algumas decisões nos Tribunais Superiores³⁸.

Conclui-se assim, que a crise do sistema penitenciário brasileiro não é uma contingência da atualidade e sim uma continuidade, fruto de um longo processo histórico, impermeado pelo escravismo do período colonial, mas que agrava-se com a falência gerencial³⁹ (SILVA, 2005).

Como nos versos do poeta, entre a intenção e o gesto ocorre um profundo divórcio entre planos, resoluções, códigos e a amarga realidade do Sistema Penitenciário. Humilhações e Aniquilações são as vias privilegiadas para a reparação de ofensa a segurança pública (Ibidem).

O Sistema Penitenciário Nacional, apesar de todas as reformas que praticamente nasceram junto com a prisão, ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar o criminoso e prepará-lo para o retorno social, é o ceio de tormentos físicos e morais, infligindo ao encarcerado ou encarcerada os mais terríveis e perversos castigos (Ibidem).

A prisão tornou-se uma indústria do crime, estando longe de sua função ressocializadora, sendo um seleiro da indústria do crime, onde os presos altamente

³⁷ ZALUAR, A. Da revolta ao crime. São Paulo: Polêmica, 1996.

³⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem proclamado (HC nº 80.379/SP, 2ª T., unânime, j. em 18.12.2000, Rel. Min. Celso de Mello) que: “**O clamor público ou a ordem pública**, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor e a ordem pública – precisamente por não constituírem causa legal de justificação da prisão processual (**CPP, art. 312**) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no **art. 323, V, do CPP**, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal”.

³⁹ COELHO, Daniel Vasconcelos. A crise no sistema penitenciário brasileiro In: "A priori". Disponível em . Acesso em 01/11/2007.

perigosos, tornam-se criminosos profissionais, frios, calculistas e incapazes de conviverem fora do presídio (Ibidem).

Os acusados que são hoje sentenciados são levados a cumprir a “pena além da pena”. No despojamento frio do texto do Código, a sentença aparece como uma privação da liberdade. Na realidade, muitas são cumpridas com requisitos do tempo do império.

O que se tem é um verdadeiro distanciamento entre a determinação da Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984, (Lei de Execução Penal) e a execução prática do cumprimento da pena, na expressão de Lyra (1963):

Pela Constituição Federal, o juiz não pode aplicar pena, ainda pecuniária ou acessoria, que lei anterior não cominou, mas o carcereiro (ou seu substituto) cria, aplica e executa penas ou agrava-as extremamente; inuma homens em solitárias (prisão dentro da prisão); condena-os à fome e à sede, priva-os de visitas e também de correspondência; confisca-lhes, indiretamente, o pecúlio e o salário; explora seu trabalho; isola-os em ilhas; concentra, em instantes de castigo, a perpetuidade da dor, da revolta e da vergonha. A Constituição proíbe que a pena passe da pessoa do criminoso. Entretanto, a família dele, a mais das vítimas, sofre todas as humilhações até a perdição e a miséria. O Poder Executivo, por meio do carcereiro e de seus subordinados, como que irroga penas, de plano e secretamente, ofendendo, mais do que os direitos constitucionais, os direitos Humanos⁴⁰ (SILVA, 2005).

O atual Sistema Penitenciário, na maioria das vezes, tem-se prisioneiros ou prisioneiras à inteira disposição dos guardas de presídios, um tribunal interno sem regras fixas, sem defesa que, condena os internos ao isolamento ou a castigos diversos. As penas são aplicadas sem nenhum controle do Judiciário, por um conjunto de funcionários geralmente mal remunerados, com baixa formação, em condições precárias de trabalho e submetidos ao medo de ameaças do crime organizado (Ibidem).

Provavelmente, os castigos corporais que ocorriam na fase anterior ao período humanitário fossem menos humilhantes que a forma com que o Estado vem mantendo as prisões, misturando os presos primários com outros reincidentes e os que praticaram crimes leves com presos de alta periculosidade, em celas superlotadas, nas quais os espaços construídos para seis abriga vinte e nas quais se encontram doentes

⁴⁰ LYRA, Roberto. Anteprojeto de Código das Execuções Penais, Rio, 1963.

misturados com indivíduos sãos, todos mantidos na ociosidade e, sem as mínimas condições de higiene, entregues a própria sorte (Ibidem).

Não se vêem presentes as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos reclusos⁴¹ não só no Brasil como na América Latina, onde a promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso, a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta. O Estado em vez de propiciar a reintegração do detento ao meio social, dotando-o de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma inversa, inserindo o condenado num sistema que o aniquila como ser humano.

2.6 Humanização do Cárcere

A humanização da passagem do detento na instituição carcerária é um dos objetivos da ressocialização. Como bem leciona Maia Neto⁴², citando Gilberto Giacóia:

É preciso pensar primeiro em reabilitar o homem, para resgatar e ressuscitar a ética e sua moral, só assim conseguiremos a tão almejada e pretendida ressocialização ou reintegração social dos delinqüentes como meio de prevenção geral e freio à reincidência criminal.

⁴¹ Maia Neto, Cândido Furtado. Código de Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 978-981 - As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas em 1955 pela Organização das Nações Unidas, buscaram orientar a execução da pena privativa de liberdade e, em geral, recomendar a aplicação de princípios humanitários em favor das pessoas detidas. As Regras tiveram a sua origem em normas formuladas pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária e acolhidas, com algumas modificações, pela Sociedade das Nações, em 1934. Dissolvida a Comissão em 1951, a que se sucederia a Fundação Internacional Penal e Penitenciária, as suas principais funções foram transferidas para as Nações Unidas, que promoveram movimentos e atividades relacionadas com a prevenção do crime e a justiça penal. Aceitas por unanimidade e aprovadas no Conselho Econômico e Social pela Resolução n.º 663 C - de 30 de agosto de 1955, as Regras estabelecem os princípios de humanidade e do respeito à condição humana, os objetivos sociais e o desempenho administrativo, formando uma base coerente e efetiva para a administração dos sistemas penitenciários. Visam, ainda, estimular o esforço permanente para vencer as dificuldades práticas que se opõem à sua aplicação e traduzem os requisitos mínimos admitidos pelas Nações Unidas no mundo das prisões. Também objetivam a prevenção contra os maus tratos e, em especial, quanto à disciplina e aos meios disciplinares de coação nos presídios. Por ocasião do V Congresso da ONU (1975), o Conselho Econômico e Social, pela Resolução n.º 1.993 (LX), de 12 de maio de 1976, solicitou ao Comitê para Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinqüência que estudasse o campo de aplicação das Regras Mínimas e apresentasse um conjunto de preceitos para sua efetiva aplicação. Em 13 de maio de 1977, através da Resolução n.º 2.076 (LXII), o Conselho Econômico e Social adotou a regra adicional n.º 95, que estende a aplicação das Regras Mínimas para proteger as pessoas detidas ou presas sem culpa formada, conferindo-se as mesmas garantias da pessoa condenada, mas sem a imposição de medidas de reabilitação.

⁴² MAIA NETO, Cândido Furtado. Teoria Penal dos "res" e os Direitos Humanos. Jus Vigilantibus, Vitória, 30 out. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29409>. Acesso em: 5 jan. 2008.

Nas palavras de Mirabete⁴³ (2004):

A afirmação de que é possível mediante cárcere, castigar o delinqüente, neutralizando-o por meio de um sistema de segurança, e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo com tratamento já não se sustenta, exigindo-se a escolha de novos caminhos para a execução das penas, principalmente no que tange às privativas de liberdade.

Assim, com a sedimentação da visão humanitária, a pena de prisão passa a ter uma nova finalidade, com um modelo que aponta que não basta castigar o indivíduo, mas orientá-lo dentro da prisão para que ele possa voltar ao convívio social de maneira efetiva, evitando com isso a reincidência.

Quando se fala, todavia, em reincidência, necessário se faz reportar-se ao modelo ressocializador de Evangelista de Jesus⁴⁴ (2000), o sistema de reabilitação do detento, onde a pena privativa de liberdade deve buscar a ressocialização da pessoa em conflito com a lei, onde a prisão passa a ser um meio de reinserção do indivíduo na sociedade e não um instrumento de vingança.

A principal característica desse modelo é a reinserção social daquele que cometeu a infração, onde a posição da vítima é secundária, e de acordo com o comportamento prisional do condenado, pode ocorrer a progressão de regime de cumprimento de pena, iniciando-se no regime mais rigoroso (fechado), passando para o semi-aberto, até chegar ao regime mais ameno (aberto) (SILVA, 2005).

O modelo ressocializador destaca-se por seu realismo, pois não lhe importam os fins ideais da pena, muito menos o delinqüente abstrato, senão o impacto real do castigo, tal como é cumprido no condenado concreto do nosso tempo; não lhe importa a pena nominal que contemplam os códigos, senão a que realmente se executa nas penitenciárias. Importa sim, o sujeito histórico, concreto em suas condições particulares de ser e de existir (JESUS, 2007).

No modelo ressocializador, o Estado Social não pode tapar os olhos para os efeitos nocivos da pena, e juntamente com o infrator passa a ser co-responsável pelo problema criminal onde o castigo deve ser útil para a pessoa que cometeu o crime e mais humano em termos de tratamento, neutralizando, assim, os efeitos nocivos

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁴ JESUS, Damásio Evangelista de, Penas Alternativas, São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais (SILVA, 2005).

A ressocialização, para Baratta⁴⁵ (1999), deve ser substituído por “reintegração” social pois para ele a reintegração social, abriria um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, onde as pessoas presas se identificariam na sociedade e a sociedade se reconheceria no preso, enquanto o conceito (ressocialização) representa um papel passivo por parte da pessoa em conflito com a lei e, o outro, ativo por parte das instituições, que traz restos da velha criminologia positivista, que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que deveria ser readaptado à sociedade, considerando esta como ‘boa’ e o condenado como ‘mau’ (Ibidem).

Para Bitencourt⁴⁶ (1990)

Ressocialização não pode ser obtida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias tendem a converter-se num microcosmos no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. É impossível conseguir a adaptação à vida que existe fora de uma instituição total como a prisão. A única adaptação possível é a adaptação aos regulamentos disciplinares que são impostos rigidamente (SILVA, 2005).

Todavia, o descrédito em relação a ressocialização, faz alguns desses autores afirmar que o ideal ressocializador é mera utopia, isso por que a ressocialização aparece apenas nas normas como Lei de Execução Penal e Declaração de direitos Humanos, deixando a desejar quanto a aplicabilidade nas instituições penais, onde acontecem abusos repressivos e violentos aos direitos dos presos, e onde o acompanhamento social, psicológico, jurídico ainda é geralmente precário insuficiente (JESUS, 2007).

⁴⁵ BARATTA Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica de Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

⁴⁶ BITENCOURT, César Roberto. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 79, n. 662, p. 247 – 261, 1990.

Na atualidade, segundo Baratta⁴⁷(1990), o modelo ressocializador demonstrou ser ineficaz, sendo provada a sua falência através de investigações empíricas que identificaram as dificuldades estruturais e os escassos resultados conseguidos pelo sistema carcerário.

Para Schneider⁴⁸, a “ressocialização” do preso não será uma simples recuperação do mesmo, mas deverá antes supor a participação ativa dos mais diversos segmentos sociais, visando reintegrar o sentenciado no seio da sociedade, onde a ressocialização do preso vincula-se pois diretamente à concepção que se tem dos fatores associados à criminalidade, em função da qual vão se definir linhas básicas de política criminal.

De fato, a causa mais importante do fracasso no tratamento que se tem feito no delinqüente preso até agora consiste no fato de que não se conseguiu incluir a vítima e a sociedade no tratamento do delinqüente⁴⁹.

A bem da verdade, nos moldes em que se encontra desenhado o sistema penal, a pena acaba por provocar efeitos diametralmente opostos às suas finalidades, notadamente a ressocializadora, produzindo, como se não bastasse reflexos que ultrapassam os muros das cadeias, penitenciárias e casas de detenção, os quais alimentam um processo de exclusão social que, ironicamente, decorre do próprio sistema penal.

Carnelutti⁵⁰ (1995), com elogiável precisão, narra o seguinte fenômeno social verificado mesmo após o cumprimento da sanção penal:

A esperança de retornar ao convívio humano, de desvestir finalmente o horrível uniforme, de reassumir o aspecto de homem livre, de retornar ao seu lugar na sociedade, é o oxigênio que alimenta o encarcerado. Desde o momento no qual entrou no cárcere, esta é a razão de sua vida. Ao privá-lo desta está a desumanidade da condenação à vida. O encarcerado perpétuo não tem nem o conforto de contar os dias. E contar os dias é a vida do encarcerado.

⁴⁷ BARATTA, A. (1990). Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado, in Oliveira, E. (Coord.). *Criminologia Crítica* (Forum Internacional de Criminologia Crítica): 141-157. Belém: CEJUP.

⁴⁸ SCHNEIDER, H.J. Recompensación en Lugar de Sanción. Restablecimiento de la Paz entre el Autor, la Víctima e la Sociedad, in KOSOVSKI, E. (Org. e Ed.) (1993). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar*. 212-229. Rio de Janeiro: Reproarte.

⁴⁹ Schneider, 1003, p. 213

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Conan, 1995. Trad. José Antônio Cardinalli.

Portanto, a reintegração social do preso se viabilizará na medida em que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, em que o cárcere se abra para a sociedade e esta se abra para o cárcere (http://72.14.205.104/search?q=cache:JgILt8re1AEJ:www.sap.sp.gov.br/download_files/reint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc+em+que+o+c%C3%A1rcere+se+abrir+para+a+sociedade+e+esta+se+abrir+para+o+c%C3%A1rcere.&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br (Acesso em 12/2007).).

CAPÍTULO III

DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 Excepcionalidade

Mais recentemente, a sociedade tem-se deparado com uma espécie de criminalidade, cujo nível de lesividade social exacerba todos os parâmetros, onde, o poder constituído movido muitas vezes pelo alarde social, trata essa criminalidade como um ente estranho ao Estado de Direito, não titular de direito e garantias individuais por caracterizar-se como um verdadeiro inimigo. O Direito Penal, como uma reação emergencial e excepcional, transforma-se num direito de guerra no trato principalmente do terrorismo e do narcotráfico (ROSA, 2007).

O pânico social criado com o 11 de novembro em Nova York deixou claro o estado de guerra, estabelecido pelos atos de terror, que buscam fazer prevalecer suas ideologias políticas e religiosas, onde a existência cotidiana do cidadão comum, transforma-se num campo de batalha, por motivos que muitas vezes desconhece.

O narcotráfico, mostra-se tão prejudicial à sociedade quanto o terrorismo, financiando assaltos, seqüestros, infiltrando-se na política, em entes do poder executivo e judiciário, gerando uma violência urbana, da qual o cidadão comum, muitas vezes pela ausência do Estado não tem como se defender.

Com o intuito de amenizar ou criar soluções para esses tipos de criminalidade, o Estado caracteriza esses criminosos como inimigos, ou seja pessoas que não reconhecem o Estado de Direito e por isso mesmo devem ser tratadas de maneira peculiar, não sendo titular de direitos e garantias individuais. Isso mais agudamente, diz respeito às garantias processuais, como o direito de defesa, contraditório, manutenção de sigilo, vista do inquérito, etc. O Direito Penal transforma-se num Direito de Guerra, por isso mesmo reação emergencial e excepcional (Ibidem).

Sobre o tema, Silva Sánchez⁵¹ (2002), expõe:

A questão anterior guarda estreita relação com o denominado, a partir da difusão dessa terminologia por Jakobs, "Direito Penal do Inimigo" (Feindstrafrecht), que se contrapõe aos dos cidadãos (Bürgerstrafrecht). Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo o caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. As características de Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais (ROSA, 2007).

Encontramos o Direito Penal do Inimigo, expresso na legislação atual de vários países. Nos EUA, motivado pelo fenômeno do terrorismo, os prisioneiros talibãs foram recolhidos à base de Guantânamo, proibindo seu contato mesmo com advogados. Entretanto, em 2003 a 2ª Corte Federal de Apelações dos EUA, em Nova York, determinou a libertação de um indivíduo americano considerado inimigo combatente e sujeito às regras excepcionais do Direito Penal do inimigo, fazendo com que seja julgado regularmente pela justiça competente, assegurado o direito de defesa. Por outro lado, a Corte de Apelação de São Francisco na Califórnia assegurou aos 660 presos na base naval de Guantânamo (Cuba) o direito de defesa regular e o julgamento pelo sistema judicial americano (Ibidem).

No Brasil, essa mesma linha foi adotada através da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 que, entre outras coisas, alterou a Lei de Execução Penal, visando a emprestar eficácia no recolhimento do preso, a fim de garantir a segurança do cidadão. A prática das prisões demonstrou que a eficácia de prevenção especial da pena, em alguns casos, esvaziara-se por completo, vez que presos seguiam comandando o crime de dentro dos presídios, pondo em dúvida a capacidade do governo de lidar com a delinqüência, persistindo a presença indesejada e indireta do condenado (Ibidem).

⁵¹ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3.2 Jakobs e o Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal tem como principal função proteger a norma e os bens jurídicos fundamentais tutelados de maneira indireta. É o funcionalismo sistêmico ou radical, criado por Günter Jakobs, uma dos discípulos de Welzel. Recentemente publicou *Derecho penal del enemigo*⁵², onde abandona sua postura descritiva do Direito Penal do Inimigo, divulgada inicialmente em 1985⁵³.

Segundo Jakobs⁵⁴ (2003), os inimigos são os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes, organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, ou seja, aquele que se afasta de modo permanente do direito é inimigo, onde cita como exemplo de manifestação de um ato típico de inimigo o 11 de setembro de 2001.

Desta forma o inimigo por viver à margem do Estado não pode desfrutar de benefícios e garantias inerentes ao estado de cidadania. Assim, estando à margem do Estado de Direito o inimigo não conta com direitos processuais, como o de comunicar-se com seu advogado, cabendo, todavia, ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado⁵⁵.

Como fundamento filosófico do Direito Penal do Inimigo, Jakobs⁵⁶ (2005), utiliza clássicos das Ciências Humanas, para dizer que o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, pois está em guerra contra ele, logo, deve morrer como tal; utiliza Rousseau. Para dizer que quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos; utiliza Fichte. Para dizer que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; utiliza Hobbes, e, por fim, para dizer que quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o estado comunitário-legal, deve ser tratado como inimigo; utiliza Kant (CORREA, 2007).

⁵² JAKOBS, Günter e Cancio Meliá, *Derecho penal Del enemigo*. Manuel, Madrid: Civitas, 2003.

⁵³ *Revista de Ciência Penal - ZStW*, n. 97, 1985, p. 753 e ss.

⁵⁴ Jakobs, ob. cit., p. 39

⁵⁵ p. 45 (sic).

⁵⁶ JACKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005.

Embora a teoria de Jakobs tenha sua base filosófica, antes de ser aplicada na prática, é necessário observar suas repercussões sociais, bem como verificar se essa solução não representa um retrocesso na evolução do Direito Penal e da humanidade (Ibidem).

Jakobs considera que o delinqüente-inimigo infringe o contrato social previamente firmado com o Estado de tal forma que ele não mais faz jus ao status de cidadão. Contudo, a qualidade de inimigo não é destinada a qualquer um, mas, tão somente, àqueles representantes do mal, ou seja, pessoas refratárias que não representam apenas uma ameaça ao ordenamento jurídico, como também simbolizam o perigo, alto risco à sociedade de bem, justificando o adiantamento da sua punição. Para esses indivíduos, assinala o autor, o direito penal do cidadão não tem vigência (Ibidem).

Assim, é inimigo aquele que não reconhece o Estado de Direito e vive à margem da norma, onde, não havendo qualquer subordinação dos agentes criminosos para com o Estado, este retira-lhes o direito de serem considerados como cidadãos, passando a ser considerados como inimigos (Ibidem).

No âmbito dessa teoria, os direitos humanos são aplicados, tão somente, aos cidadãos que mesmo quando delinqüem, contam com certas proteções. Já a ação do inimigo, só pode receber como resposta a coação, pois não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra indivíduos perigosos, cabendo ao Direito Penal do Inimigo neutralizar suas ações e seu potencial ofensivo. Assim, a tese de Jakobs tem por base três pontos fundamentais: 1) antecipação da punição do inimigo; 2) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; 3) criação de leis severas direcionadas a uma clientela específica: terroristas, facções criminosas, traficantes, homens-bomba, etc (Ibidem).

Podemos, assim, concluir, que o Direito Penal do Inimigo, é próprio de Estados Totalitários, que reproduz, posturas e filosofias como o nazismo, banalizando o mal, dividindo os seres humanos e transformando estes em coisa, que vivem á margem do Estado de Direito, e sobre os quais as ações de guerra passam a ser justificadas, punindo os indivíduos de acordo com sua periculosidade e não culpabilidade. Nas

palavras de Cancio Meliá⁵⁷ (2005), é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez”.

3.3 Zaffaroni e o Direito Penal do Inimigo

Em conferência pronunciada na sede do Instituto de Ensino Prof. Luiz Flavio Gomes – IELF, em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004 sobre o Direito Penal do Inimigo, reagiu Zaffaroni como segue:

(a) para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia (que se opõe, claro, ao estado de direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc; (f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo Satã; (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (l) durante a Revolução Industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que conviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do estado de polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa, público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos EUA, sobretudo a partir da Queda do Muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os EUA contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisionização; (u) hoje os EUA contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os EUA podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005. P.59 e ss.

mesma coisa que os EUA: não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito Penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito Penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito Penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito Penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (ff) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem de enfrentar a mídia (<http://64.233.169104/search?q=cache:sGVOcjXm-2sJ>).

Como ponto de reflexão do posicionamento de Zaffaroni, e seu ponto de vista sobre as soluções dos problemas de segurança e criminalidade, transcrevemos a parábola do açougueiro contada por Zaffaroni em 2001 no Guarujá:

El carnicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robe carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, ‘Agencia de viages’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’. Y el carnicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo." Conclui, então, o mestre portenho: "Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.

Inserido nessa mesma política econômica Neo Liberal com normatização encontramos o Brasil, através da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 que, entre outras coisas, alterou a Lei de Execução Penal, alimentando o cárcere com um verdadeiro exército de excluídos

Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios, onde

quem constrói ou administra presídios precisa de presos para assegurar a remuneração aos investimentos feitos. Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados, transmitindo-se assim uma sensação de segurança para a sociedade (<http://64.233.169104/search?q=cache:sGVOcjXm-2sJ>).

Nas palavras de Raya e Ferreiraz⁵⁸;

Está em curso no Brasil uma Política Criminal e Penitenciária autoritária, conservadora, utilitarista, midiática e simbólica", acreditando-se "que uma centena de presos em RDD vai suspender ou minimizar as causas e motivações que geram a violência e a criminalidade", tudo a demonstrar o "afastamento por completo do Estado Democrático, Social e de Direito prometido pelo legislador constituinte de 1988, bem assim da legislação internacional de tutela e promoção dos direitos fundamentais que o Brasil recepcionou.

⁵⁸ RAYA, Salvador Cutiño; FERREIRAZ, Felix. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 49, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 288

CAPÍTULO IV

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD

4.1 Início e Aplicação

Os modelos de tortura psicológica adotadas inclusive pelo Brasil serviram de fundo para a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, que ao contrário do que se possa pensar não é fruto da imaginação do legislador pátrio.

O Regime Disciplinar Diferenciado, teve algumas fontes que serviram de inspiração para o encarceramento diferenciado, como por exemplo, as solitárias, formadas por celas individuais, sem nenhuma acomodação, em que o apenado ou preso provisório permanecia isolado do restante da população carcerária, lhe sendo sonegados direitos fundamentais, tais quais a exposição ao sol, à luz, ou o acesso a condições minimamente higiênicas de satisfazer necessidades fisiológicas (PEDRI, 2006).

Surgiu inicialmente, regulado em nível estadual, disciplinado no Estado de São Paulo pela Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária nº 26, de 04 de maio de 2001, que estipulou as medidas administrativas a serem tomadas perante a ocorrência de rebeliões ou qualquer tipo de manifestação violenta (Ibidem).

Vale ressaltar que o Estado de São Paulo valeu-se da regra constitucional do art. 24, I⁵⁹, que concede legitimidade concorrente aos Estados Federados para legislar sobre direito penitenciário, pela doutrina predominante, de forma inconstitucional posto que a competência corrente diz respeito ao direito penitenciário que são as normas peculiares de organização prisional em cada ente federado, ao passo que o Regime Disciplinar Diferenciado constitui regra de execução penal e não mera disciplina prisional, motivo pelo qual deveria ter sido, *ab initio*, objeto de norma federal (CUNHA, 2006).

⁵⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente:
I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Posteriormente o Presidente da República, inspirado pelo aparente sucesso do Regime Disciplinar Diferenciado no Estado de São Paulo lançou mão da Medida Provisória n.º 28 de 04 de fevereiro de 2002, estabelecendo em seu art. 2º, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado exclusivamente como sanção disciplinar destinada a presos ou condenados por crimes dolosos, que a pretexto de dispor sobre normas gerais de direito penitenciário, na verdade, legislava sobre execução penal, em outras palavras, sobre direito penal, mesmo contra a vedação expressa do art. 62, § 1º, "b" da Constituição Federal. Todavia, a medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional (Ibidem).

Em dezembro de 2003, foi publicada a Lei 10.792, que veio modificar a redação da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal –, introduzindo o regime disciplinar diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, que estabelece que 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, dando ao artigo 52 da Lei de Execução Penal, a seguinte redação:

Art. 52.

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 o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Não bastasse, sob o fundamento de tratar-se de questão peculiar de cada estado, a lei 10.792/2003, em seu artigo 5^{o60}. permitiu que os Estados da Federação regulamentassem determinados aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado.

Prevê todavia, que a inclusão no RDD será determinada por prévio e fundamentado despacho do juiz competente, a partir de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, sendo imprescindível a manifestação do Ministério Público e da defesa, devendo ser prolatada no prazo máximo de quinze dias.

4.2 Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Uma discussão que se inicia a partir de numa análise comparativa entre o texto constitucional e o art. 52⁶¹ e Incisos, da Lei 10.792/2003, se esta, ofende dispositivos

⁶⁰ Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

- I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;
- II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;
- III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;
- IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;
- V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar"

⁶¹ 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.

- 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 o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."

constitucionais, como os consagrados no artigo 5º. Incs. XLVII, letra “e”; XLIX e art. 5º Inc. III todos da CF/88⁶².

Pela regra legal, o RDD, tem como principais 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.

Nesses casos se o juiz não fixar o prazo de duração do RDD de forma razoável, respeitado o limite original da LEP de trinta dias, a medida passaria do razoável para o desumano, como característica de tortura e crueldade. O RDD nessa hipótese funda-se no Direito Penal de Fato onde nem o tempo de duração nem as condições de execução do regime podem violar a dignidade humana.

As situações contempladas nos §§ 1º e 2º do art. 52, que se fundam em suposições ou suspeitas, de que se trata de agente perigoso ou de que o agente participe de organização criminosa, nenhum ser humano pode sofrer tanta aflição por suspeitas, onde agravar as condições de cumprimento da pena violaria o princípio da presunção de inocência. E se o agente efetivamente integra alguma organização criminosa, por isso irá responder em processo próprio. Aplicar-lhe mais uma sanção pelo mesmo fato significa *bis in idem* ou seja dupla sanção ao mesmo fato (GOMES, 2006).

Comentando o assunto, o mestre Tucci⁶³, (2004), afirma que o RDD:

Mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico **bis in idem**, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências -, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.

⁶² Art. 5º. ...

XLVII – Não haverá penas:

e) cruéis.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁶³ Boletim do IBCCrim, nº. 140, julho/2004, p. 4.

Pela gravidade do RDD e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico, liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação (GOMES, 2006).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no *Habeas Corpus* n. 978.305.3/0-00⁶⁴, julgou inconstitucional o RDD, considerando que se trata de "uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que ofende a dignidade humana (art. 1º, III, da CF)" (GOMES, 2006).

Eis a íntegra do julgado:

Habeas Corpus n.º. 978.305.3/0-00 Relator, Desembargador Borges Pereira - Voto n.º. 5714: (...)

Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc, desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de "*habeas corpus*". É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal. 2. No que pertine ao mérito do pedido, razão assiste à impetrante. É de se observar inicialmente não se poder deixar de considerar o grave momento vivido pelas instituições públicas, fruto de dezenas de anos de descaso para com as causas sociais, originando o nascimento de verdadeiro Estado Paralelo, que a medida ora questionada visa enfrentar. (...) Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir:

O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. Já no seu nascimento, a medida ofende mortalmente a Constituição Federal, desde que a resolução SAP n.º 026/01, que cria o regime disciplinar diferenciado, é ato de secretário de Estado, membro do Poder Executivo, a quem não cabe legislar sobre matéria penal, nem tampouco penitenciária, segundo a Constituição Federal (arts. 22, I e 24, I). Assim, a inexistência de procedimento legislativo e da necessária edição de lei federal, é que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade de sua efetivação, configurando evidente constrangimento ilegal. Destarte, não cabe a ninguém, nem mesmo ao juiz da execução, determinar ou legitimar regressão (ou transferência) a regime penitenciário inexistente em lei.

Como muito bem disserta Carmem Silva de Moraes Barros, Procuradora do Estado em São Paulo, "in" <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>, "ao criar o regime disciplinar diferenciado, a resolução dá vida a uma pena desumana e atentatória aos direitos e liberdades fundamentais: isolamento por 180 dias, na primeira inclusão e 360, nas demais; banho de sol por, 'no mínimo', uma hora por dia; visita semanal de duas horas, sem algemas... (arts. 4º e 5º, II, IV e V da resolução). Observe-se que essas são regras previstas "para assegurar os direitos do preso" durante a permanência no RDD, conforme o caput do art. 5º da resolução. Assim é que sob o pretexto de combater o crime

⁶⁴ "HABEAS CORPUS n.º. 978.305.3/0-00 Relator, Desembargador Borges Pereira - Voto n.º. 5714: (...)

organizado instituiu-se método de aniquilamento de personalidades. Mas não é só. A resolução SAP n. 026/01 autoriza a transferência para o RDD a critério exclusivo da autoridade administrativa. Alijada a autoridade judicial, a autoridade administrativa se vê, em razão dos próprios termos da resolução, desobrigada de respeitar a Lei de Execução Penal (que não consta tenha sido revogada pela resolução). A resolução não exige prática de falta grave para transferência para o RDD e exatamente porque estabelece que esse regime de cumprimento de pena é aplicável "aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico" (art. 1º), abre espaço para qualquer tipo de arbítrio por parte da autoridade responsável pela custódia do preso. Lembra, assim, os velhos porões, para os quais é possível transferir presos, se o critério – exclusivamente administrativo – indicar tratar-se de pessoa cujo comportamento "exija tratamento específico". Um tanto quanto vago, mas muito apropriado para os fins a que se propõe. Diz a resolução: "os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária". Muito embora – e isso ao que parece ainda não se contesta – o processo de execução seja jurisdicionalizado, a concessão que a resolução faz ao juízo da execução é a comunicação da inclusão e da exclusão no RDD, em 48 horas (art. 8º). Não trata da óbvia necessidade de que a autoridade administrativa comunique ao juízo qual o fato imputado ao preso que está fundamentando a transferência para o RDD".

Mas a citada jurista não pára aí: "Ignora-se, sem qualquer cerimônia, a LEP que, no que tange, tanto à regressão de regime de cumprimento da pena quanto às sanções, é absolutamente clara e estabelece no art. 58 que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder 30 dias; no art. 60 que no caso de falta disciplinar a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de dez dias e no parágrafo único do art. 58, determina o dever que tem a autoridade administrativa de comunicar o isolamento ao juiz da execução. E assim é porque dez dias são o quanto basta para realizar-se o procedimento administrativo e comunicar-se ao juiz da execução para que, sendo o caso, determine a oitiva do preso ou obste a aplicação da sanção, quando configurados estiverem ilegalidades ou abuso de poder. Continua a Lei de Execução Penal, atenta à posição de garantidor que tem o juiz da execução, dispondo no art. 47 que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, caberá à autoridade administrativa e no parágrafo único do art. 48 determinando – a obrigatoriedade de representação, ao juiz da execução, pela autoridade administrativa, nos casos de prática de falta grave. A aplicação de penalidade disciplinar ao executado, pelo cometimento de falta grave, obriga, portanto, a autoridade administrativa a comunicar, representando, ao juiz da execução (art. 48, parágrafo único c/c art. 66, III, letras b e c da LEP). Assim é, porque ao poder judiciário cabe fazer o controle externo dos atos da administração, faz parte de seu dever de zelar pelos direitos individuais do sentenciado e pelo correto cumprimento da pena. Portanto, ainda que se admita a possibilidade de inclusão no RDD pela prática de fato que não seja tipificado pela LEP como falta grave, deve a autoridade administrativa descrevê-lo em alguma forma de "procedimento administrativo" e, por óbvio que pareça, esse "procedimento" deve ser enviado a juízo, pois o ato administrativo (incluída a motivação) que determina a transferência para o RDD, também está sujeito a controle de legalidade e da tipicidade pela autoridade judicial, até porque - não é demais repetir - o processo de execução penal, ainda é, jurisdicionalizado. A resolução, no entanto, permite a transferência para o RDD sem qualquer participação da autoridade judicial e limita-se a estabelecer que a remoção do preso ao RDD pode ser solicitada pelo diretor técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, ao coordenador regional das unidades prisionais que,

se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao secretário adjunto, para decisão final (art. 2º). Ah! Não nos esqueçamos, a resolução concede ao preso, no intuito de assegurar seus direitos, o conhecimento dos motivos da inclusão no RDD (art. 5º, I). No entanto, se faz necessário lembrar, que por outro ato, proibiu-se o contato do preso com seu advogado pelos dez dias posteriores à inclusão no regime fechadíssimo. É inominável! E arremata: Não é aceitável pois, a convivência de magistrados, fiscais da lei, advogados, enfim, operadores do direito com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes, diante de tanta ilegalidade, quer por ação quer por omissão, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da administração. O RDD é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos deste país, enfim, à nossa inteligência".

Outra questão que surge é a colidência da lei com o disposto no art. 5º, XLVI, que trata da individualização da pena, que engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da progressão de regime (MOREIRA, 2004).

Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica indubitavelmente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena” (Ibidem).

Se atentarmos, todavia, para as finalidades da pena que são prevenção e repressão, a condenação do agente a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, sem possibilidade de progressão fere essa finalidade base.

Na lição de Luisi⁶⁵ (2003), “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.” Explicitando este conceito, ensina:

Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.”(...) Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. (...) Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.(...) Relevante, todavia no

⁶⁵ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 52.

tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.

O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas, implica assim, em ofensa ao referido modelo de Estado (GOMES, 2006).

Percebe-se que as idéias de Jakobs do Direito Penal de Inimigo, estão presentes no RDD, onde o sujeito passa a ser tratado como “coisa”, vivendo à margem do Estado de Direito, sem as garantias individuais inerentes a todo cidadão.

Todavia, a Constituição Federal de 1988, e tratados universais recepcionados pelo Brasil asseguram a todos, direitos e garantias fundamentais, e no dizer de Oliveira⁶⁶ (2003), o Estado, que é responsável pela ordem jurídica brasileira, tem o dever de reconhecer e garantir a validade dos Direitos Humanos como pressuposto legítimo da sua própria existência e os limites claros da sua autoridade sobre os cidadãos.

Já, na expressão de Silva⁶⁷ (2004), direitos fundamentais do homem, constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Nos qualificativos fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente

⁶⁶ OLIVEIRA, Edmundo. Prisões Federais – Direito Penal Comparado. Prisões fechadas em modernos programas de sistema penitenciário, in Revista Jurídica Eletrônica Consulex, ano VII, no. 154, 15 de junho de 2003.

⁶⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse título que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.

E conclui:

Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito.

4.3 Natureza Jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado

Não só no Brasil, mas em outros países como a Itália, onde o Código Penitenciário Italiano, impôs normas mais severas para combater o crime organizado, o direito surge como mais um símbolo de combate a violência, reforçando o ideal de prevenção, do que especificamente de tutela penal (CUNHA, 2006).

O Regime Disciplinar Diferenciado, tem portanto, como questão central a ausência de prevenção específica centrando-se a norma, em sua natureza simbólica, onde o RDD é usado como aplicador da vontade popular e não reflete qualquer eficácia material no direito penal (Ibidem).

Tal conduta por parte do Estado, no dizer de Molina⁶⁸, reflete em uma política de gestos de encontro à platéia e à opinião pública onde a prevenção geral, não pode ser tida como única questão central do Regime Disciplinar Diferenciado, vez que, a prevenção geral também é elemento de direito penal, e por isso, sempre tem uma natureza simbólica. A questão surge, quando o direito penal é exclusivamente simbólico (CUNHA, 2006).

⁶⁸ Apud BUSATO, Paulo César, O Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo

Embora aparentemente haja uma certa contradição Zaffaroni⁶⁹ esclarece que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre cumprirá também uma função simbólica. No entanto, quando só cumpre, esta última, será irracional e antijurídica, por que se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos (CUNHA, 2006).

Todavia, autores como Luiz Flávio Gomes⁷⁰, defendem que a norma penal por prestar-se à manipulação do medo e da insegurança da sociedade não se legitimaria num direito penal meramente simbólico, pois, um direito penal com essas características carece de legitimidade: manipula o medo do delito e a insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um sem-fim de disposições excepcionais, sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, a médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo de suas proibições (CUNHA, 2006).

Assim, por levar em conta a periculosidade do agente e não os fatos que o levaram ao cárcere, pode-se afirmar que no Regime Disciplinar Diferenciado, o legislador optou pelo direito penal simbólico e do autor, o que fica clara na redação dada aos parágrafos 1º. e 2º. do art. 52 da LEP (Ibidem).

Daí se poder dizer que o legislador optou no Regime Disciplinar Diferenciado pelo direito penal simbólico e do autor já que leva em conta a periculosidade do agente e não os fatos que o levaram ao cárcere, o que fica clara na nova redação dos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP, que permitem a inclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado quando acarretem "altos riscos para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" ou sob os quais "recaiam fundadas suspeitas

⁶⁹ Zaffaroni, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro, Ed. RT, 2005.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio, O direito penal na era da globalização, Ed. RT, 2002, p. 30.

de envolvimento ou participação , a qualquer título, em organizações criminosas , quadrilhas ou bandos” (Ibidem).

4.4 Regime Disciplinar Diferenciado - Início dos Casos no Brasil

Como uma das motivações principais para a regulação do RDD, está a necessidade de se trazer maior segurança aos estabelecimentos penais, face as constantes rebeliões no interior dos presídios, bem assim as fugas, que são comandadas pelos próprios detentos que lá habitam (PEDRI, 2006).

O alarde social motivou uma ação imediata do Estado, face as inúmeras mortes dentro do cárcere e, o que ainda parecia mais grave, muitos assaltos, seqüestros e até mesmo o tráfico de drogas comandados por apenados do interior dos presídios (Idem).

A primeira modalidade de regime disciplinar diferenciado ocorreu em virtude de uma rebelião ocorrida no estado de São Paulo⁷¹, no ano de 2001, que envolveu vinte e cinco unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e quatro cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado (Ibidem).

Em dezembro de 2002, a rebelião no presídio de Bangu I, deu início a primeira experiência do RDD, onde logo após o fim da rebelião, os líderes do movimento foram isolados para impedir o contato com os demais apenados, e o restante dos participantes foram colocados em regime disciplinar especial de segurança. Já no ano seguinte – 2003 – a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro reeditou o Regime Disciplinar Diferenciado Especial de Segurança em Bangu I, e a partir daí generalizou o modelo disciplinar para outras penitenciárias (Ibidem).

⁷¹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/rebeliao.shtm>

4.5 O Direito após o Regime Disciplinar Diferenciado à Luz das Decisões do Supremo Tribunal Federal e a Videoconferência

Após o RDD, situações inusitadas passaram a ocorrer no campo jurídico, dispensando atenção dos aplicadores do direito e em especial do STF.

Uma dessas situações diz respeito a possibilidade de audiência por videoconferência, tendo em vista os gastos para a locomoção dos presos, a segurança, e a celeridade processual.

Por outro lado, a audiência por videoconferência violaria a liberdade necessária ao exercício da ampla defesa para o réu interrogado de dentro da cadeia, cujo ambiente, pela própria natureza e por seus fins, é opressor.

A respeito dos argumentos em favor da videoconferência, no sentido de que traria maior celeridade, redução de custos e segurança aos procedimentos judiciais, o ministro César Peluso se pronunciou: “Não posso deixar de advertir que, quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante” (<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/41142.shtml>. Acesso em 01/2008).

O método de videoconferência cerceia o contato físico do magistrado com o réu, fundamental para a formação de convencimento do juiz, por não garantir a segurança do preso durante a oitiva, realizada na unidade prisional, e por dificultar o diálogo entre o advogado e seu cliente, elementos que violam a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa (Ibidem).

A videoconferência, apresentada sob o manto da modernidade e da economia, revela-se perversa e desumana, pois afasta o acusado da única oportunidade que tem para falar ao seu julgador. Pode ser um enorme sucesso tecnológico, mas configura-se um flagrante desastre humanitário, considera o presidente da OAB-SP (Ibidem).

O STF firmou posição sobre a matéria, conforme decisão proferida pela Segunda Turma no Habeas Corpus 88.914-0 São Paulo, tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, cuja íntegra do julgado encontra-se no Anexo III:

CAPÍTULO V

MODELO ESTADUNIDENSE

5.1 A Supermax Prison

O presente capítulo busca na forma de direito comparado trazer algumas noções sobre as penitenciárias de segurança máxima dos Estados Unidos da América e a forma com que os detentos são implantados no sistema.

O referido material encontra-se disponível em diferentes endereços eletrônicos, pesquisados no decorrer do estudo, cujas traduções são apresentadas no decorrer deste capítulo.

Supermax é o nome usado para descrever prisões ou unidades de controle dentro das prisões, representando os níveis mais seguros e os mais austeros da custódia nos sistemas de prisão dos Estados Unidos e de outros países. (<http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.npr.org/templates/story/story.php%3FstoryId%3D5383628&sa=X&oi=translate&resnum=8&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX>). Acesso em 04/2007.

Há somente duas “puramente” prisões de Supermax nos Estados Unidos: USP em Marion, em Illinois, e em ADX Florença em Florença, Colorado. Entretanto, outras prisões menos seguras têm freqüentemente áreas de nível do Supermax. (Ibidem).

Uma forma adiantada do estilo da unidade de prisão do supermax apareceu na Austrália em 1975, quando “Katingal” foi construído dentro do centro Correcional de Sydney. Dubbed “o jardim zoológico eletrônico” definido por condenados, “Katingal” era um bloco da prisão da super-máxima projetado para privação total, com suas 40 celas com portas operadas eletronicamente, câmeras de vigilância, e nenhuma janela. Foi fechada anos mais tarde por ação de grupos ligados aos direitos humanos, e demolida finalmente em 2006. (wikipedia.org/wiki/Supermax).

O termo “supermax”, entretanto, originou nos Estados Unidos como uma contração do “super-máximo,” e o conceito desenvolvido do “*lockdown*” permanente do

“*penitentiary*” federal em Marion, Illinois que data de 1983 em que dois oficiais das correções nessa prisão foram assassinados por condenados em dois incidentes separados no mesmo dia. Desde então, algumas prisões de segurança máxima foram tendo aumento de população, quando então, outras foram construídas e dedicadas ao padrão de Supermax. (Ibidem).

Há uma tendência de âmbito nacional de difamar prisões de Supermax, como foi feito com a prisão de Wallens, uma prisão “anterior-supermax” na Virgínia. Outras prisões de Supermax que ganharam notoriedade por suas circunstâncias cruéis são o Boscobel anterior (em Wisconsin), Tamms (em Illinois), e a Penitenciária do estado de Ohio. (Ibidem).

As políticas de inclusão no regime diferenciado de Ohio foram recentemente assunto da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Wilkinson v. Austin*) onde a corte se decidiu pela possibilidade da implantação no sistema, mas o procedimento deve ser muito limitado, face a colocação de Supermax ser uma exceção. (Ibidem).

Em prisões de Supermax, não é permitido, geralmente aos prisioneiros, saírem fora de suas celas por mais de uma hora durante o dia; são mantidos freqüentemente no confinamento solitário. Recebem suas refeições através do “alimento móvel” nas portas de suas celas. (Ibidem).

Aos prisioneiros não é dado nenhum trabalho e o acesso às atividades de lazer é muito pequeno, embora para algumas categorias de prisioneiros é permitido ter uma televisão. Quando são permitidos aos condenados de Supermax exercitar, isso pode ocorrer em uma área pequena, para que o prisioneiro se exercite sozinho. (Ibidem).

As prisões de Supermax são muito controversas, onde algumas reivindicações são colocadas como se estes sistemas violassem a constituição dos Estados Unidos, tanto que, em 1996, uma equipe nacional foi constituída para investigar as condições descritas como tortura, e tratamento desumano e degradante.

Os incentivadores da Supermax dizem que essas prisões de Supermax oferecem uma maneira de conter os prisioneiros, que poderiam de outra maneira, prejudicar a população geral da prisão, os indivíduos especialmente mais perigosos que não se relacionariam bem com a população geral da prisão.

Uma prisão de Supermax que pretende cumprir tal papel é o ADMAX federal, ou a segurança máxima administrativa, prisão em Florença, Colorado, ao oeste do povoado indígena. Lá o governo dos Estados Unidos abriga uma lista longa de terroristas, de líderes de grupo e de prisioneiros similares; O terrorista Zacarias Moussaoui, que pelo 11 de setembro, face as suas convicções, foi sentenciado à prisão perpétua em Florença em 04 de maio de 2006. Também outro residente é Ted Kaczynski, um terrorista conhecido como o “Unabomber” que efetuou ataque através de bombas pelo correio, e Richard Reid, um fundamentalista Islâmico que tentou detonar explosivos em seu sapato. (<http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.msnbc.msn.com/id/12636492/&sa=X&oi=translate&resnum=5&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX>. Acesso em 04/2007.

A maioria destas prisões contém somente as asas ou as seções do Supermax, com outras partes do sistema sob poucas medidas de segurança:

- Florença ADMAX do Penitentiary dos Estados Unidos (máximo administrativo) - Florença, Colorado (inteiramente Supermax)
- Penitenciária dos Estados Unidos - Marion, Illinois (inteiramente Supermax)
- Unidade Correctional de Ionia - Ionia, Michigan
- Centro Correcional do ajuste de Maryland - Baltimore, Maryland
- Penitenciária do estado de Ohio - Youngstown, Ohio
- Prisão do estado da baía do Pelican - cidade crescente, Califórnia
- Prisão da Virgínia
- Ossining, New York
- Unidade Correcional de Souza-Baranowski -- Shirley, Massachusetts
- Centro Correcional de Tamms - Tamms, Illinois
- Varner Supermax - Grady, Arkansas
- Prisão do estado do cume de Wallens - Gap de pedra grande, Virgínia
- Unidade de segurança do programa de Wisconsin - Boscobel, Wisconsin
- Unidade Correcional de Minnesota - alturas do parque do carvalho - Stillwater, Minnesota
- Penitenciária do estado de Oklahoma - McAlester, Oklahoma

- Penitenciária dos Estados Unidos - Leavenworth, Kansas (sendo degradado à s-Segurança média)
- Unidade de Polunsky - Livingston, Texas
- Unidade Correccional do vale de Wabash, SHU - Carlisle, Indiana
- ASPC-Eyman, SMU II - Florença, Arizona
- Penitenciária dos Estados Unidos - Allenwood, New-jersey
- Penitenciária dos Estados Unidos - Atlanta, Geórgia
- Penitenciária dos Estados Unidos - Atwater, Califórnia
- Penitentiary dos Estados Unidos - Beaumont, Texas
- Penitentiary dos Estados Unidos - Coleman, Florida
- Penitenciária dos Estados Unidos - Lewisburg, Pensilvânia

Penitenciária dos Estados Unidos - Terre Haute, Indiana. (wikipedia.org/wiki/Supermax).

5.2 Prisões de Segurança Máxima em Outros Países

- Prisão de Hayer do Al, Riyadh, Arábia.Saudita
- Centro Correccional de Goulburn, Goulburn, Novo Gales do Sul, Austrália
- Centro de Readaptação Provisória de Presidente Bernardes, Presidente Bernardes, São Paulo, Brasil, inspirado pelos padrões de Supermax, embora os prisioneiros possam somente permanecer lá para um máximo de 180 dias.
- Penitenciária de Combita, Colômbia, segue especificações do supermax, terroristas dos anfitriões e senhores da droga.

Máximo de C, Pretoria, África do Sul, para prisioneiros violentos. (Ibidem).

5.3 Condenados Well-Known de Supermax

- Theodore Kaczynski, o “Unabomber”
- Dandeny Munoz-Mosquera, principal assassino do Cartel de Medellín da Colômbia
- Lee Boyd Malvo, conspirator nos ataques 2002 do sniper de Beltway

- Terry Nichols, conspirator no bombardeio da cidade de Oklahoma
- Richard Reid, “o bombardeiro sapata”
- Eric Robert Rudolph, clínica do aborto e bombardeiro Olympic Centennial do parque 1996
- Carlos Lehder, traficante colombiano de cocaína, um membro fundador do Cartel de Medellín
- Rei do Spam de Christopher “Rizler” William Smith “Minnesota”

Zacarias Moussaoui, “20o” hijacker acusado de participação dos ataques de 11 de setembro de 2001, poupado da penalidade de morte por não haver sido provado seu envolvimento direto nos ataques de 9/11. (<http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.supermaxed.com/Federal-SM-Page.htm&sa=X&oi=translate&resnum=9&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX>). Acesso em 04/2007

5.4 A Suprema Corte Norte Americana

A Suprema Corte determinou que os condenados da prisão têm o direito constitucional de não serem postos em prisões de Supermax se não for necessário.

Supermax é um ambiente extremamente restrito, com virtualmente nenhum contato humano. A corte elevada aprovou o programa de revisões de Ohio (Wilkinson v. Austin) para decidir se o crime de um determinado condenado é sério bastante para merecer tal confinamento restritivo. (<http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2004/wilvaus&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3Drelated:a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf%26hl%3Dpt-BR>). Acesso em 04/2007.

Os “plaintiffs” (querelantes) nesta ação são os prisioneiros que reivindicam que os procedimentos usados por administradores da prisão do estado de Ohio ao impor-lhes a uma prisão da segurança do super-máximo viola seu direito constitucional ao devido processo. A corte do distrito decidiu em favor dos condenados, relatando

primeiramente que os prisioneiros têm protegido o “interesse a liberdade” em evitar a colocação no super-máximo, devido à severidade das circunstâncias comparadas a outras prisões em Ohio. Dado que os prisioneiros têm um direito a liberdade, as deficiências múltiplas em seguida identificadas pela corte do distrito nos procedimentos administrativos do lugar, inclusive aquele para classificação dos prisioneiros em audiência, que não são permitidos aos prisioneiros chamar testemunhas e que na tomada final de decisão, não foram apresentados pelo departamento da classificação os fatos encontrados e o raciocínio usado ao tomar suas decisões da colocação. A corte do distrito requisitou modificações aos regulamentos da prisão para corrigir estas deficiências. (Ibidem).

Na apelação, Ohio discutiu que o direito dos prisioneiros ao devido processo legal estaria satisfeito por uma análise informal, em rever a decisão da colocação. *Em Helms de Hewitt v.*, 459 Estados Unidos 460 (1983), a corte suprema tinha decidido por uma análise informal, quando satisfeitas às exigências do devido processo legal de uma decisão administrativa que pretendesse colocar um prisioneiro no confinamento solitário. A sexta corte de apelação do circuito afirmou que a severidade das condições no super-máximo exige um procedimento mais formal para rever a decisão da colocação. (Ibidem).

A Suprema Corte, assim se pronunciou: as prisões de “Supermax” são unidades máximas de segurança com as circunstâncias altamente restritivas, projetadas para segregar os prisioneiros os mais perigosos da população geral da prisão. Seu uso aumentou em anos recentes, em parte como uma resposta à ascensão de grupos na prisão e a violência da prisão. Ohio abriu somente a unidade de Supermax, o sistema penitenciário do estado de Ohio (OSP), após um motim em uma de suas prisões de segurança máxima. No OSP cada aspecto da vida de um prisioneiro é controlado e monitorado. As oportunidades para visitação são raras e são conduzidas sempre através das paredes de vidro. Os prisioneiros são privados de quase todos os estímulos ambientais ou sensoriais e de quase todo o contato humano. A colocação em OSP realiza-se por um período indefinido, limitado somente pela sentença de um prisioneiro. (<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf>). Acesso em 04/2007.

Quando OSP se tornou inicialmente operacional, nenhuma colocação era determinada pela política oficial, e os procedimentos usados para impor os prisioneiros à facilidade eram inconsistentes e indefinidos, tendo por resultado colocações ao acaso e errôneas. Em um esforço estabelecer diretrizes para a seleção e a classificação de prisioneiros de OSP, Ohio emitiu sua política 111-07. Relevantes são aqui duas versões da política: “a política velha” e “a política nova.” Porque os problemas da atribuição persistiram depois que a política velha perdeu seu efeito, Ohio promulgou a política nova para fornecer mais orientação a respeito dos fatores a serem considerados em decisões da colocação e para ter recursos para uma maior proteção processual dos prisioneiros de encontro à colocação errônea. Sob a política nova, um oficial da prisão conduz uma revisão da classificação quando da entrada no sistema da prisão se o prisioneiro é condenado por determinados crimes, por exemplo, crime organizado, ou durante o encarceramento se o prisioneiro acoplar na conduta especificada, conduz a um grupo da prisão. A política nova fornece também um processo da revisão da recomendação antes que um prisioneiro seja colocado em OSP. Entre outras coisas, o prisioneiro deve receber a observação da base factual que conduz à consideração para a colocação de OSP e a uma oportunidade justa para se defender em uma audiência, embora não possa chamar testemunhas. Também, o prisioneiro é convidado a submeter objeções antes do nível final da revisão. (Ibidem).

Embora um revisor subsequente possa firmar uma recomendação afirmativa para a colocação de OSP em todo o nível, o reverso não é verdadeiro; se um revisor declinar recomendar a colocação de OSP, o processo termina. Ohio fornece também uma revisão da colocação dentro de 30 dias da atribuição inicial de um prisioneiro a OSP, e a revisão anual depois disso. (Ibidem).

Primeiramente, confiando em *Sandin v. Conner*, 515 ESTADOS UNIDOS 472, a corte deliberou que os prisioneiros têm direito a liberdade em evitar a atribuição a OSP. Em segundo, Ohio tinha negado aos prisioneiros o devido processo legal, não tendo recursos para muitos deles e uma oportunidade adequada para serem ouvidos antes da transferência; não lhes dão a observação suficiente dos termos para sua retenção em OSP; e não lhes dá a oportunidade suficiente de compreender o raciocínio e a evidência que usou para retê-los em OSP. Em terceiro lugar, prendeu que, embora a

política nova fornecesse maiores proteções processuais do que a política velha, era todavia inadequada face as exigências processuais do processo devido. A corte requisitou conseqüentemente modificações à política nova, incluindo as modificações substantivas que estreitam os termos que Ohio poderia considerar na atribuição recomendando a OSP, e várias modificações processuais específicas. O sexto circuito confirmou a conclusão da corte do distrito que os prisioneiros tiveram um interesse de liberdade em evitar a colocação de OSP e defendeu as modificações processuais da corte mais baixa em sua totalidade, mas reservou as modificações substantivas que excederam a autoridade de corte de distrito. (Ibidem).

Perguntou-se: Os procedimentos pelos quais a nova política de Ohio classifica prisioneiros para a colocação em sua facilidade de Supermax fornecem aos prisioneiros a proteção suficiente para cumprir com a cláusula do devido processo legal? (Ibidem).

Os prisioneiros têm um interesse constitucional protegido, o da liberdade de evitar a atribuição em OSP. Tal interesse pode levantar-se das políticas do estado ou dos regulamentos, assunto às limitações importantes determinadas em *Sandin*, que requer uma determinação se a atribuição de OSP “impõe privação atípica e significativa ao prisioneiro com relação aos incidentes ordinários da vida da prisão.” 515 ESTADOS UNIDOS, em 483. Para um prisioneiro colocado em OSP, quase todo o contato humano é proibido, mesmo ao ponto que a conversação não está permitida de cela à cela; a luz da sua cela pode ser escurecida, mas realiza-se a cada 24 horas; e pode exercitar somente uma hora por dia em um quarto separado e pequeno. Exceto talvez para as limitações especialmente severas em todo o contato humano, estas circunstâncias provavelmente aplicar-se-iam a maioria de facilidades solitárias do confinamento, mas aqui há dois componentes adicionados. É primeiramente a duração. Ao contrário da colocação de 30 dias no confinamento segregado na edição em *Sandin*, a colocação em OSP é indefinida e, após uma inicial revisão de 30 dias, é revista apenas anualmente. É em segundos que a colocação desqualifica um prisioneiro de outra maneira elegível para a consideração de liberdade assistida. Feito exame, junto estas circunstâncias e percebo uma privação atípica e significativa dentro do contexto correcional. (Ibidem).

Os procedimentos da nova política são suficientes para satisfazer ao devido processo legal. Avaliar a suficiência dos procedimentos particulares da prisão, requer uma consideração de três fatores distintos: (1) o interesse confidencial que será afetado pela ação oficial; (2) o risco de uma derivação errônea de tal interesse com os procedimentos usados, e o valor provável, se existir, de proteções processuais adicionais ou substitutivas; e (3) o interesse do governo, inclusive a função envolvida e as cargas fiscais e administrativas que a exigência processual adicional ou substitutiva envolveria. *Mathews v. Eldridge*, 424 ESTADOS UNIDOS 319, 335. Aplicar aqueles fatores demonstra que a política nova de Ohio fornece um nível suficiente do processo. Primeiramente, o interesse do prisioneiro em evitar a colocação errônea em OSP, quando mais do que mínimo, deve, todavia ser avaliado dentro do contexto do sistema da prisão e de sua limitação. A liberdade dos prisioneiros no confinamento tem uma limitação legítima por definição, assim que suas proteções processuais são mais limitadas do que nos casos onde o direito é o direito de estar livre de todo o confinamento. Em segundo, o risco de uma colocação errônea é minimizado pelas exigências da política nova. Ohio fornece níveis múltiplos da revisão para toda a decisão que recomenda a colocação de OSP, com o poder de alterar a recomendação em cada nível. Além, Ohio reduz o risco da colocação errônea fornecendo uma revisão da colocação dentro de 30 dias da atribuição inicial de um prisioneiro a OSP. As observações da base factual para uma decisão e uma oportunidade justa para a defesa, são, entre os mecanismos processuais, os mais importantes para a finalidade de evitar privações errôneas. Ver, por exemplo, prisioneiro de *Greenholtz v. de Neb. Complexo Penal e Correctional*, 442 ESTADOS UNIDOS 1, 15. Em terceiro lugar, no contexto da gerência da prisão e nas circunstâncias específicas deste caso, o interesse de Ohio é uma consideração dominante. A primeira obrigação de Ohio deve ser assegurar a segurança dos protetores e o pessoal da prisão, o público, e os próprios prisioneiros. Ver *Helms de Hewitt v.*, 459 ESTADOS UNIDOS 460, 473. A segurança da prisão, face a realidade brutal de grupos da prisão, fornece as condições para o interesse do estado. Um outro componente do interesse de Ohio é o problema de recursos escassos. Pelo custo elevado de manter um prisioneiro em OSP, ficaria difícil de financiar uma instrução mais eficaz e programas vocacionais do auxílio para

melhorar vidas dos prisioneiros. As cortes devem dar o respeito substancial às decisões da gerência da prisão antes de exigir despesas adicionais para proteções processuais elaboradas, quando os oficiais da correccional concluem que um prisioneiro acoplou no comportamento disruptivo. Se Ohio fornecesse outros atributos além de uma audiência ao prisioneiro antes de requisitar transferência a OSP, o objetivo imediato do estado de controlar o prisioneiro e seu objetivo maior de controlar a prisão poderia ser derrotado. Onde, como aqui, o inquérito extrai mais na experiência de administradores da prisão, e onde o interesse do estado implica a segurança dos outros prisioneiros e pessoal da prisão, os procedimentos determinados em *Greenholtz* e o *Hewitt* informais, fornecem o modelo apropriado. Se um prisioneiro demonstrasse que a política nova não se operou na prática na forma descrita, todo o ferimento poderia ser o assunto de um desafio futuro apropriado. Na luz do antecedente, as modificações processuais requisitadas pela corte de distrito e afirmadas pelo sexto circuito estavam no erro, (372 F.3d 346, afirmados na parte, invertida na parte. Kennedy, J., entregou a opinião para uma corte unânime. (Ibidem).

Conclui-se, assim que as unidades de “supermax” nos Estados Unidos, refletem a necessidade de um tratamento diferenciado para presos de alta periculosidade, ou que venham causar problemas de convivência dentro das unidades.

Todavia, o processo penal estadunidense, sedimentando o entendimento da Suprema Corte, impõem à direção das unidades prisionais, o respeito ao prisioneiro o devido processo legal, antes de ser implantado no sistema da “supermax”, o que de fato tem sido observado, como por exemplo pela penitenciária de Ohio.

5.5 O Programa Tolerância Zero

Em 1990, as Nações Unidas, aprovaram as “Regras Mínimas sobre Medidas não Privativas de Liberdade”⁷², visando a aplicação de medidas alternativas à prisão. De encontro à essa Resolução, em 1994, o prefeito de Nova York⁷³, juntamente com seu chefe de polícia, iniciaram o que se pode chamar de “*incarceration mania*”.

Segundo Maia Neto⁷⁴ a teoria da “tolerância zero” como programa de política criminológica, penal e penitenciária, afronta flagrante e gravemente as propostas de proteção internacional dos Direitos Humanos, por estar na contra-mão da ciência, da filosofia e da história universal.

O Autor, vai mais longe:

O programa “tolerância zero” deixa de lado a prevenção policial para aumentar a repressão do direito penal ao máximo para fazer valer o estado de polícia versus estado democrático de direito. Desconsidera o governo norte-americano, o Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU Res. 34/169, 1979, art. 1º. comentário “a expressão funcionário encarregado de fazer cumprir a lei” inclui todos os agentes da lei que exercem a função de polícia, especialmente as faculdades de detenção ou prisão); e os Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU-1990).

O desastre da política criminal dos EUA está estampado nas respostas de Scott Turow⁷⁵, advogado e escritor, membro da comissão que analisou mais de 160 condenados à morte em Chicago, em entrevista à Folha de São Paulo:

Eu já visitei várias (prisões de segurança máxima) e sei como é a rotina dos presos. Primeiro você vive num cubículo de concreto fechado por uma porta de aço, com buracos, pelos quais pode gritar e se comunicar com o preso mais próximo, mas não vê-lo. Uma vez por dia, por controle remoto, o preso tem acesso a um corredor, sai para outro cubículo sem teto e pode ficar ao ar livre por 45 minutos. O banho é permitido cinco vezes por semana, sempre sem encontrar ninguém. É muito duro. Mesmo assim, os guardas enfrentam indisciplina, a mais comum com os presos jogando fezes pelos buracos da porta. Pois bem, quem faz isso é castigado com a chamada dieta *nutriloaf*, que

⁷² Assembléia-Geral ONU/1990, Resolução 45/110 – Regras de Tóquio

⁷³ MAIA NETO, Cândido Furtado, “Tolerância Zero: Justiça Penal e Direitos Humanos. Política Criminal (Nova York-USA) contra os melhores postulados da ciência, da filosofia e da história Universal. Disponível em: www.jusvi.com.br acesso em 05 de janeiro de 2008.

⁷⁴ Ídem

⁷⁵ Folha de São Paulo. 25/10/2004, p. A-14

é o equivalente moderno do pão e água, por dias e dias. Isso pode não matar o preso, mas vai chegar perto. A taxa de tentativa de suicídio é enorme. Isso não é castigo cruel? Se é, fere a Constituição dos EUA.

Muitos operadores do Direito, certamente acreditam que tais medidas tanto de tolerância zero como na implantação do preso no regime supermax é fruto da justiça, todavia, no ensinamento de Maia Neto⁷⁶, “justiça na cosmovisão é uma fonte de satisfação para todos – vítima e vitimário – quando se respeitam direitos e se reconhece a necessidade do bem-estar social”.

⁷⁶MAIA NETO, Cândido Furtado, “Tolerância Zero: Justiça Penal e Direitos Humanos. Política Criminal (Nova York-USA) contra os melhores postulados da ciência, da filosofia e da história Universal. Disponível em: www.jusvi.com.br acesso em 05 de janeiro de 2008.

CAPÍTULO VI

DIREITOS HUMANOS

6.1 Garantias Individuais e a sua Origem para Direito Penal

Com a decadência do império romano e a pulverização das comunidades na sociedade feudal, os direitos locais principalmente nas cidades, com conjuntos de normas originados nos valores locais com alguma influência do Direito Romano foram ganhando relevância.

Surgiu na Espanha legislações comunitárias, os chamados fueros. Segundo Liszt⁷⁷ (2006):

Apesar de esa tendencia, gracias a la tolerancia y a través de un período de siglos, se fué desarrollando, al lado del Derecho penal romano, central, ortodoxo, aunque incompleto, el jus civile, un Derecho penal heterodoxo, local, el de los estatutos jurídicos de las ciudades, el jus municipale y jus provinciale (después edictum provinciale) existentes dentro del Imperio, consentido a veces por las autoridades romanas, a veces aplicado por hallarse explícitamente reconocido por las leyes como preferente. Es cierto que, en general, como veremos, estos derechos particulares seguían de cerca al Derecho romano; pero no es por eso menos interesante su elemento de variedad.

A decadência do império romano, não evitou que o Direito Romano fosse adaptado à sociedade europeia do Séc XIII através da pesquisa e recuperação de textos, fazendo-se adaptações necessárias à vida da comunidade, com influência inclusive no Direito Penal, ainda que atrelado às finalidades de um poder absoluto: manter a paz na comunidade e a segurança da majestade.

Todavia com o decréscimo do poder da nobreza e o crescimento do capital originado pelo comércio e pela produção, ajudado pela inquisição, surgiu um movimento intelectual reformista que proclamava o fim do poder estatal originado por Deus.

⁷⁷ Liszt, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Vol. II. Universo do Livro, 2006.

Os movimentos que surgiram, valorizavam o homem acima de tudo, por ele a origem do poder. O iluminismo foi a corrente que lutou ferozmente contra um estado de coisas cada vez mais ameaçador aos soberanos. Na Itália repercutiu essa onda idealista, inspirando o marquês de Beccaria a editar, inicialmente de forma anônima, sua obra *Dos Delitos e das Penas*, em que apresenta uma série de postulados para uma justiça criminal mais justa e segura ao cidadão (ROSA, 2007).

O momento histórico era de embate entre os interesses de predomínio do Estado: o rei ou o povo. A grande vitória da Revolução Francesa foi a liberdade consubstanciada nos direitos e garantias individuais ao cidadão que vivia reprimido por um sistema que o sufocava em nome da ordem proclamada e em nome de Deus, pregando que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido que representam na vida a real liberdade (Ibidem).

Surge assim, um postulado totalmente inovador para o direito penal, onde o Estado que tem o direito de punir, não mais poderia incriminar alguém sem lei anterior ao ato praticado, aplicar retroativamente a lei criminal para prejudicar, usar a analogia, presumir a culpa, impor penas infamantes, negar o direito à defesa ou ao contraditório, utilizar a tortura, etc (Ibidem).

Do Direito Penal com caráter instrumental, passou-se a conviver nesse instante com um Direito Penal das garantias que até hoje persiste como significativa conquista do povo contra um poder arbitrário. Esse ramo do Direito protege as vítimas contra os sujeitos perigosos ao convívio social, mas também tutela os cidadãos contra a prepotência do Estado. Ao lado das normas incriminadoras foram desenvolvidos os conceitos e regras que asseguram a liberdade contra uma desordenada reação do Poder. Essa dupla função foi o selo de um Direito Penal cujo caráter científico, a partir daquela época, começou a construir-se. A liberdade do indivíduo é enfatizada através de uma limitação ao poder estatal em todas as áreas, especialmente a criminal (Ibidem).

6.2 Marco Normativo Geral de Proteção aos Direitos Humanos no Brasil

Em 29 de setembro de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁷⁸, durante seu 97º período ordinário de sessões, aprovou o Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, onde ficou consignado o marco normativo de proteção aos direitos humanos no Brasil.

O referido Relatório assim se expressou:

Os Direitos Humanos na Constituição de 1988:

9. A Constituição de 1988 representa, no campo dos direitos humanos, importante avanço em relação à de 1967 e às sucessivas emendas constitucionais aprovadas durante a ditadura militar. A Carta constitucional em vigor foi o resultado da percepção quase unânime da sociedade brasileira de que, com o regresso à democracia depois de 21 anos de regime militar, não seria desejável manter a Constituição de 1967 com suas correspondentes emendas, especialmente a Emenda Constitucional N.º 1.

10. Em seu Título I, "Dos direitos fundamentais", a Constituição vigente faz constar a "dignidade da pessoa humana" e a "prevalência dos direitos humanos" entre os princípios essenciais em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, na qualidade de Estado democrático de direito. Embora a Constituição não use especificamente a expressão direitos humanos no restante do texto, o princípio de prevalência desses direitos está presente nos diversos capítulos e disposições do mencionado título, no qual se amplia a gama de direitos e deveres individuais e coletivos assegurados na Constituição de 1967 e se tutela grande número de direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e relativos a partidos políticos.

11. No capítulo I, "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", por exemplo, pela primeira vez reconhece que não somente os indivíduos, mas também os grupos, têm direitos. Ademais, o artigo 5º, disposição única do aludido capítulo, reconhece a maioria dos direitos e garantias fundamentais incluídos nas convenções internacionais de proteção dos direitos humanos e estabelece medidas de proteção que, em muitos casos, têm características completamente inovadoras. Ao enumerar os direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição reconhece, entre outros, a igualdade perante a lei; a igualdade entre homens e mulheres; o princípio de que somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; a proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante; a liberdade de pensamento e culto, de convicção filosófica ou política, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do domicílio, da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas; o acesso à informação; a liberdade de circulação, reunião e associação; a liberdade de associação profissional ou sindical; o direito de propriedade e sua função social; o direito de petição, o direito à justiça e ao devido processo (artigo 5 da CF).

12. O capítulo II trata dos direitos sociais e os capítulos III, IV e V regem, respectivamente, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

13. Em relação aos direitos políticos, a Carta constitucional enuncia o princípio da soberania popular (artigo 1 da CF) e estabelece as formas mediante as

⁷⁸ Ministério das Relações Exteriores Divisão de Direitos Humanos.

quais se deve exercer a mesma: pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com *valor* igual para todos, nos termos da Lei, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular (artigo 14, I a III da CF). Quanto aos partidos políticos, proclama a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção, respeitando a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana (artigo 17 da CF).

As ações de garantia

14. A Constituição também prevê seis ações de garantia para a proteção dos direitos pessoais ameaçados: o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de segurança coletiva, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular.

15. O *habeas corpus* é o mais antigo dos instrumentos de proteção. Esse instrumento é uma ação constitucional que se concede quando alguém sofre ou é ameaçado de sofrer violência ou coação de sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5, parágrafo LXVIII da CF). O Código de Processo Penal (artigo 648) enumera, entre outras, as seguintes hipóteses em que a limitação do direito de livre circulação deve ser considerada ilegal: quando não houver justa causa; quando a pessoa houver estado presa por mais tempo do que o determinado por lei; e quando a pessoa que ordena a coação não tiver competência para fazê-lo.

16. O "mandado de segurança" destina-se à proteção do "direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (artigo 5, LXIX da CF). Trata-se de instrumento efetivo que provoca o exame jurisdicional imediato de um ato de autoridade que, potencialmente ou na realidade, afeta um direito líquido e certo.

17. O "mandado de segurança coletiva" pode ser solicitado por um partido político com representação no Congresso Nacional ou uma organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída que tenha estado em funcionamento pelos menos por um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (artigo 5, parágrafo LXX da CF). Esse mandado procura defender os direitos difusos dos membros de uma associação ou coletividade. As entidades legitimadas para solicitar o mandado não necessitam do consentimento de seus membros para fazê-lo, embora devam fazê-lo de acordo com seu mandato e segundo os procedimentos regulamentares.

18. O "mandado de injunção" pode ser solicitado "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". (Artigo 5, LXXI da CF).

19. O *habeas data* tem por objetivo assegurar ao cidadão comum acesso às informações registradas por entidades públicas com respeito à sua pessoa. Também permite que se exija a retificação dos dados se estes estiverem incorretos, quando não se preferir fazê-lo mediante processo secreto, judicial ou administrativo.

20. A "ação popular" permite que qualquer cidadão seja parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato (administrativo) lesivo ao patrimônio público ou o de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O autor, salvo se comprovada sua má-fé, fica isento do pagamento de custas judiciais. Essa medida é extremamente importante pois, com a possibilidade de anulação de

qualquer ato lesivo à moralidade administrativa, se introduz o exame do mérito dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário.”⁷⁹

6.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento do Estado Democrático de Direito

O princípio da dignidade da pessoa humana teve papel relevante como postulado fundante da maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, tendo como uma de suas principais características assegurar um mínimo de respeito ao ser humano somente pelo fato de ser homem⁸⁰, de modo que todas as pessoas são dotadas por natureza de igual dignidade. Cabe ressaltar que o respeito à pessoa humana deve estar presente independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquele faça parte (PEDRI, 2006).

No pensamento filosófico e político na antiguidade clássica tem-se a dignidade humana como a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade (Ibidem).

O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade. De acordo com a terminologia empregada por Reale⁸¹ (1996), é oportuno destacar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo (MAGALHÃES PINTO, 2005).

Para o individualismo, o homem, cuidando dos seus próprios interesses, indiretamente, protege e realiza os interesses coletivos (Idem).

No transpersonalismo é o contrário: deve-se realizar o bem coletivo para salvaguardar os interesses individuais. Inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, preponderam os valores coletivos (Ibidem).

O personalismo refuta as concepções individualistas e coletivistas. É um “meio termo”, ou seja, não há de se falar em predomínio do indivíduo ou do todo. Busca-se a

⁷⁹ CIDH- OEA. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Aprovado pela comissão em 29 de setembro de 1997 durante o 97º período ordinário de sessões. <http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/>

⁸⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: S.ª Fabris, 1996, p.49

⁸¹ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 17ª ed. 1996, p.277.

solução na compatibilização entre os valores, considerando o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo (Ibidem).

A Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação estatal deve ser avaliada considerando-se cada pessoa como um fim em si mesmo ou como meio para outros objetivos. Procura-se, com isso, compatibilizar valores individuais e coletivos (Ibidem).

No ordenamento jurídico Brasileiro, a Constituição Federal de 1988, estabelece a importância da dignidade humana em nosso Estado Democrático de Direito, vez que diversos dispositivos de nossa Constituição cuidam de tal princípio (PEDRI, 2006).

É o que vem disposto no artigo 1º⁸², inciso III, bem como no artigo 60⁸³, parágrafo 4º, inciso IV, na Constituição Federal de 1988, que trazem a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias individuais, como fundamento no Estado Democrático de Direito (PEDRI, 2006).

São várias as definições de dignidade. Segundo definições de José Afonso da Silva e de Canotilho, ambos citados por Mazzuoli⁸⁴, trata-se do valor máximo conhecido, supremo, que motiva e dá causa a todo conteúdo do Direito, assim como a todos os direitos fundamentais, por conseguinte, e que chama para si desde o direito à vida. A dignidade é, portanto, a raiz de todos os direitos dos homens.

Já, segundo Sarlet⁸⁵ (2001), a dignidade é o valor de uma tal disposição de espírito, e está infinitamente acima de todo preço. Este preceito corresponde ao fundamento do princípio do Estado de Direito e vincula não apenas o administrador e o legislador, mas também o julgador e o operador do direito

⁸² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III- a dignidade da pessoa humana.

⁸³ Art. 60 A Constituição Federal poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

Sendo a proteção integral do ser humano o compromisso principal do Direito, Silva⁸⁶ (2004), assevera a necessidade premente da garantia da dignidade da pessoa humana, onde, não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições [...] de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade.

Frise-se, que os ordenamentos jurídicos são compostos por princípios e regras, ambos espécies integrantes de um mesmo gênero, isto é, tratam-se de normas jurídicas coexistentes, como é verificado na Constituição da República Federativa do Brasil. Contudo, o princípio, além de figurar como norma jurídica eficaz e aplicável, é considerado mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸⁷.

Em nosso texto constitucional, mais precisamente o art. 5º, inciso XLIX, a Constituição Federal de 1988, assegurou a dignidade pessoal. Em tal dispositivo, está expresso a garantia da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais aos presos bem como o respeito à integridade física e moral. Frise-se ainda, que no Inc. L, há comando no sentido de que às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Todavia, o princípio da dignidade da pessoa humana assume especial importância no inciso XLVII do artigo. 5º, onde disciplina que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis (PEDRI, 2006).

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª rev. e atual.

⁸⁷ LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 1997.p. 5-6

Como já afirmado, a Constituição Brasileira de cunho marcadamente compromissário, elevou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito. Nossa carta magna é considerada uma Constituição da pessoa humana ainda que não raras vezes este dado venha a ser virtualmente desconsiderado (Ibidem).

Todavia, um importante exemplo onde a Constituição Federal é desconsiderada é com relação aos apenados. Sabemos da precariedade das instituições penitenciárias e das condições nas quais os presos vivem. Os cárceres brasileiros são verdadeiros depósitos humanos, onde homens e mulheres são "jogados", sem o mínimo de dignidade como seres humanos que são (Ibidem).

Podemos dessa forma concluir que a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, traz a certeza de que o artigo 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988 não possui somente uma declaração de conteúdo ético-moral, mas constitui, sim, uma norma jurídico-positiva dotada de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente, carregada de eficácia, alcançando, assim, a condição de valor jurídico fundamental da sociedade (Ibidem).

6.4 O Regime Disciplinar Diferenciado à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Na busca de criar soluções para o aumento da escalada de violência tanto dentro dos estabelecimentos prisionais como nas ruas e do crime organizado, motivado pela forte comoção social, o legislador veio criar o Regime Disciplinar Diferenciado, assumindo posição colidente com os direitos e garantias fundamentais, gerando um choque entre os princípios humanitários consagrados na Constituição Federal e nos tratados Internacionais, com a nova política penal e penitenciária que se criava.

O princípio da dignidade da pessoa humana, foi efetivamente atropelado pelo legislador ao impor aos presos as regras estabelecidas principalmente no art. 52 da Lei 10.792/2003, quando impõem ao preso o isolamento em cela individual pelo período de trezentos e sessenta dias, afrontando completamente o princípio em comento, uma vez

que inflige ao punido uma pena não somente física, mas inegavelmente psicológica, de modo que aniquila por completo a sua personalidade, o seu caráter e sua vida (Ibidem).

Veja que o caráter ressocializador da pena, perde completamente seu sentido, quando subtrai-se do preso o convívio com outros presos e com a sociedade, uma vez que permanece um ano em cela individual, sem contato com os demais detentos, sem acesso às informações do cotidiano e, ainda, sendo permitido contato com a luz do dia pelo período de somente duas horas diárias (Ibidem).

Se relembraarmos as antigas masmorras, e as torturas impostas aos condenados, podemos concluir que esse isolamento celular diuturno de longa duração é um dos mecanismos de tortura do corpo e da alma do condenado⁸⁸ e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tornando-se a punição a parte mais importante da pena.

A própria estrutura prisional de nosso país, que mantém encarcerados indivíduos que cometeram delitos graves juntamente com sujeitos que perpetraram infrações de menor potencial ofensivo, que mantém reincidentes com delinqüentes primários, presos cautelares com condenados, já é um o acinte ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que sem dignidade o ser humano se transmuda de homem a animal, e passa a comportar-se como este (PEDRI, 2006).

⁸⁸ DOTTI, René Ariel. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da metodologia proposta com a apresentação de vários artigos e obras cumpre-nos tecer alguns comentários e conclusão.

Vimos no decorrer do trabalho, uma sincronia lógica vinda desde o surgimento das penas, passando pelo período iluminista, até os dias atuais, onde se criou a modalidade de regime diferenciado na aplicação da pena.

Evoluímos ou não? Eis a questão que se aponta.

Fazendo um breve retrospecto, vemos que o Regime Disciplinar Diferenciado, surgiu em um período conturbado, onde o mundo ainda estava abalado pelos atentados de 11 de setembro, e em São Paulo, facções criminosas, organizavam de dentro dos presídios atentados e rebeliões no Estado de São Paulo e no Mato Grosso do Sul.

Tínhamos pela imprensa, um incessante clamor popular face a insegurança a que a população se via exposta e a efetiva ausência dos poderes constituídos, que davam a sensação de que o crime organizado efetivamente dominava o Estado.

Nesse afã, surge em 2001, via portaria da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo o RDD, que mais tarde transformar-se-ia na Lei 10.792, que alterou dispositivos da Lei de Execução Penal.

Podemos assim, inicialmente questionar a real intenção do legislador ao criar o RDD quer seja, dar uma resposta ao sentimento de insegurança que predominava na grande massa da população.

Creemos efetivamente que esse objetivo inicial foi alcançado ao implantar um regime de isolamento para os chefes das facções criminosas, o que trouxe a população a sensação de melhor segurança.

Ocorre que, essa modalidade carcerária embora deixe transparecer uma sensação de segurança, não resolve o problema da criminalidade e agride de forma efetiva documentos internacionais de direitos humanos e dispositivos da própria Constituição Federal de 1988.

A teoria de Jakobs do direito penal do inimigo, difundida na atualidade e que serviu de base para a criação do RDD , agride princípios humanitários, ao tratar o nacional como inimigo de guerra.

Tratados internacionais dão conta de que inimigos de guerra, detêm direitos como o da integridade física, moral e psicológica, direito a celas secas e arejadas, não podendo o nacional, detentor de garantias fundamentais, ser tratado como inimigo de Estado.

Lembramos por exemplo a Convenção relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, de 27 de Julho de 1929, que já previa que os Prisioneiros de Guerra “deverão ser tratados, em todas as circunstâncias, com humanidade e ser protegidos especialmente contra ato de violência, insultos e curiosidade pública. As medidas de represálias contra eles são proibidas”.

De forma idêntica as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seu dois Protocolos Adicionais de 1977 tem como principal objetivo proteger as vítimas de conflito armado proibindo a tortura de prisioneiros.

Pois bem, estipular um clima de guerra, tratar o delinqüente como inimigo que por viver à margem do Estado não pode desfrutar das garantias inerentes a todo o cidadão, é estigmatizar a pessoa, impor a este uma pena desproporcional, tratar o ser humano como coisa, o que não ocorre nem mesmo no trato dos inimigos de guerra.

Com relação ao texto Constitucional, ficou inconteste pelos textos colhidos, que o Regime Disciplinar Diferenciado agride a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º. Inc. LV quando este assegura a todos o contraditório e a ampla defesa - a implantação do detento no RDD, se dá por ato administrativo do direito da unidade carcerária, que leva em consideração questões subjetivas, como periculosidade e a participação em facções criminosas; Inc. LVII que assegura a presunção de inocência e do Inc. LIV que assegura o devido processo legal e prevê a regularidade dos procedimentos administrativos com a observância das leis processuais penais.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão trazida neste trabalho, deixa inconteste que a implantação do encarcerado no RDD fere a Constituição Federal de 1988, o que vem confirmar os vários posicionamentos aqui coligidos.

Ao trazermos um pouco do direito comparado com o conhecimento das “Supermax Prison” nos Estados Unidos, percebemos que lá também houve um posicionamento da Suprema Corte ao considerar ilegal a implantação de presos ao sistema sem que estes possam exercer o contraditório.

Esperamos que o estudo aqui desenvolvido, possa corroborar para despertar nos operadores do direito o espírito humanitário para o tratamento dos presos, tendo em mente que a questão da segurança pública é interdisciplinar, que passa pela educação, emprego, qualidade de vida, assistência social, e acima de tudo presença efetiva do Estado junto a população menos favorecida.

Não é criando novas leis e impondo regras desumanas aos presos que os problemas de criminalidade de resolverão.

É necessário, isto sim, dar melhores condições aos encarcerados, para que possam efetivamente se recuperar, com assistência médica e psicológica ao preso e seus familiares, que não precisem estes tomar de assalto as unidades penitenciárias para se fazerem ouvir, que não tenham as famílias de fazer passeatas ou greves em frente às unidades prisionais e que o Estado efetivamente cumpra o seu papel maior: Fazer o Bem a Todos.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARATTA, A. (1990). **Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado**, in Oliveira, E. (Coord.). *Criminologia Crítica* (Forum Internacional de Criminologia Crítica): 141-157. Belém: CEJUP.

BARROS, Carmen Silva de Moraes, 2006. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>. Acesso em 12/2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo Hermus, 1983.

_____, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** Texto integral Tradução Torrieri Guimarães, Ed. Martin Claret, 2001, pág. 107).

BELINA FILHO, Inácio, 2006. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/26/03/2603/>. Acesso em 10/2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. Ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus 1992.

_____. **Tratado de direito penal**. parte geral. vol. 1. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Conceituação e Classificação de Estabelecimentos Penais**. Departamento Penitenciário Nacional.

BRASIL.Constituição do Império do Brasil, título VIII, art.179, número XX.Rio de Janeiro.

BRASIL.Decreto no. 8233 de 22 de dezembro de 1910. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915, p. 550.

BRASIL.Ordenações Filipinas. Livro V, Títulos XXXII,XXXV,XLII,XLV,XLIX,LII,LVI. Rio de Janeiro, Typografia do Instituto Philomathico, 14^a. edição, 1870,p.91 e segs.

BRASIL, Lei 10792, de 1^o. de dezembro de 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANCIO MELIÁ, Manoel. **La teoría de la imputación objetiva y la normatización del tipo objetivo**. in **Revista de ciencias jurídicas ¿ Más derecho?** año 1, nov. 2000. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2000.

CANTO, Dilton Ávila, 1999. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2>. Acesso em 08/2007.

CARNEIRO, Augusto Accioly. **Os Penitenciários**. Rio de Janeiro: Hnerique Velho, 1930.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Conan, 1995.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco Mota Coqueiro. **O erro em torno do erro** - in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* - V. 33 – 2001.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de Direito Penal**. São Paulo: JB Editor, 1973.

CIDH- OEA. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Aprovado pela comissão em 29 de setembro de 1997 durante o 97º período ordinário de sessões. <http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/>.

COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**.

CORREA, Leonildo, 2007. Disponível em <http://xoomer.alice.it/direitosp/texto30.htm>. Acesso em 12/2007.

COSTA, Alexandre Mariano. **O trabalho prisional e a reintegração do detento**.

CUNHA, Rogério de Vidal, 2006. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=725. Acesso em 10/2007.

DA SILVA, José Ribamar, 2005. Disponível em http://www.pr.gov.br/depen/downloads/monografia_joseribamar.pdf. Acesso em 07/2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

DE JESUS, Valentina Luzia, 2007 Disponível em <http://na1312.my1blog.com/2007/09/12/ressocializacao-mito-ou-realidade/>. Acesso em 01/2008.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____, **Movimento Anterior e a Missão da Magistratura**. Curitiba:Juruá,2005.

DUARTE, Liza Bastos, 2005 Disponível em <http://professoraliza.spaces.live.com/blog/cns!2E6E79D93F50580F!229.entry?wa=wsignin1.0>. Acesso em 07/2007.

DUARTE, Maércio Falcão, 1999. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>. Acesso em 07/2007.

Enciclopédia Barsa. Volume 6. Enciclopédia Britânica do Brasil Publicações Ltda.

FABRIS, Sérgio Antonio. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Porto Alegre: Editor, 1998.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: S. Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Básico da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral.16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos e SERRANO PIEDECASAS, José Ramon. **Problemas básicos de derecho penal**. Madrid: Réus, 1976.

GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal na Era da Globalização**. Ed. RT, 2002.

_____, Disponível em <http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2146>. Acesso em 01/2008.

- GOMES, Luiz Flávio, 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9061>. Acesso em 01/2008.
- JAKOBS, Günter e CANCIO MELIÁ, Manoel. **Derecho penal Del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.
- JESUS, Damásio **Evangelista. Penas Alternativas**. São Paulo: ed Saraiva, 2000.
- LEAL, César Barros. **Prisões Crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte, DelRey, 1998.
- LES, Ney Moura. **Direito Penal; Parte Geral – I**. 1 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.
- LIMA FILHO, Osmar Aarão Gonçalves de Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9101>. Acesso em 06/2007.
- LINS e SILVA, Eduardo. **A história da pena é a história de sua abolição**.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. vol . II, Universo do Livro, 2006.
- LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.
- LUISI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Ver. E aum. Porto Alegre: Sergio Antônio 2003.
- LYRA FILHO, Roberto. **Anteprojeto de Código das Execuções Penais**, Rio, 1963.
- MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de Azevedo, 2005. Disponível em http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=216. Acesso em 12/2007.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. **Código de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 978-981.
- _____. **Direitos Humanos do Preso**: Lei n. 7.210/84 de Execução Penal. Editora Forense. Rio de Janeiro 1998.
- _____. **Penitenciário em el Mercosur**: Política Criminal y Penitenciária del Brasil. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS 1998.
- _____. **Direito Penal Tradicional ou Direitos Humanos**: Direito penal primata, medieval, capitalista e selvagem-Informativo eletrônico Dialex, Ano XXV, Edição no. 99,24.5.2007. Editora Consulex.

MAIA NETO, Cândido Furtado, **Tolerância Zero: Justiça Penal e Direitos Humanos. Política Criminal (Nova York-USA) contra os melhores postulados da ciência, da filosofia e da história Universal.** Disponível em: www.jusvi.com.br acesso em 05 de janeiro de 2008.

_____. **Teoria Penal dos “res” e os Direitos Humanos.** Jus Vigilantibus, Vitória, 30 out. 2007. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29409>. Acesso em: 5 jan. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETTI, Julio, 2007. Disponível em <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/criminal-law/1680259-evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-direito-penal/>. Acesso em 01/2008.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y teoria del Delito em el Estado Democrático de Derecho.** Barcelona: Bosch, 1982.

_____, Direito Penal. **Fundamentos e Teoria do Delito.** Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Rômulo Andrade, 2004. Disponível em http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5047&. Acesso em 10/2007.

MUÑOZ, Conde Hassemmer. **Introducción a la Criminologia.** Valência: ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

NERY, Déa Carla Pereira, 2005. Disponível em <http://www.apriori.com.br/cgi/for/opinioes-cientificas-sobre-a-pena-dea-carla-pereira-nery-t916.html>. Acesso em 06/2007.

_____, 2005. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/x/12/87/1287/> Acesso em 06/2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **Prisões Federais – Direito Penal Comparado: Prisões fechadas em modernos programas de sistemas penitenciários,** Revista Jurídica Eletrônica CONSULEX, ano VII, no, 154, 15 de junho de 2003.

_____. **Direito Penal e Direitos Humanos.** Revista Jurídica Eletrônica CONSULEX, ano VII, no. 158, 15 de agosto de 2003.

OLIVEIRA, Eduardo. **Direitos Humanos – A luta contra o arbítrio numa visão global.**

ORKS NETO, Adolfo Teodoro Nay, 2004 Disponível em http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista_especial/01.htm. Acesso em 08/2007.

PEDRI, Karina Achutt, 2006. Disponível em http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/trabalhos2006_2/karina.pdf. Acesso em 10/2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 49, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2004.

Revista Consultor Jurídico, Agosto, 2007.

ROSA, Fábio Bittencourt, 2007 Disponível em <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,67,1,0,1,0>. Acesso 12/2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conellado; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.

RUSSEL WOOD A. J.R. **Fidalgos e Filantropos: a Santa Casa de Misericórdia da Bahia, 1550-1.755**. P.39.Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Ed. Da UnB, 1981.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: Annablume, 1999.

SARLETE, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNEIDER, H.J. **Recompensación en Lugar de Sanción**. Restablecimiento de la Paz entre el Autor, la Víctima e la Sociedad, in KOSOVSKI, E. (Org. e Ed.) (1993). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar*. 212-229. Rio de Janeiro: Reproarte.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR. **Teoria da Pena**. Ed. Revista do Tribunais. 1ª Edição. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª rev. e atual.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – parte geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____ **Manual de Derecho Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Ediar, 1982.

ZALUAR, A. **Da revolta ao crime**. São Paulo: Polêmica, 1996.

Disponível em http://64.233.169.104/search?q=cache:sGVOcjXm-2sJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B488C5029-7244-4D5C-BA7C-43441FDB80D0%257D_7.pdf+Isso+se+coaduna+com+a+pol%C3%ADtica+econ%C3%B4mica+neoliberal.+Cabe+considerar+que+desde+essa+%C3%A9+poca+vem+se+difundindo+o+fen%C3%B4meno+da+privatiza%C3%A7%C3%A3o+dos+pres%C3%ADdios.&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br. Acesso em 12/2007.

Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:sGVOcjXm-2sJ>. Acesso em 12/2007.

Disponível em http://72.14.205.104/search?q=cache:JgLLt8re1AEJ:www.sap.sp.gov.br/download_files/eint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc+em+que+o+c%C3%A1rcere+se+abrir+para+a+sociedade+e+esta+se+abrir+para+o+c%C3%A1rcere.&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br. Acesso em 12/2007).

Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/41142.shtml>. Acesso em 01/2008.

Disponível em <http://vlj.spaceblog.com.br/70907/EVOLUCAO-DAS-PENAS/>. Acesso em 01/2008.

Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c2d0efe055fc928b8025719c0049ae5a?OpenDocument>. Acesso em 10/2007.

Disponível em http://www.pr.gov.br/depen/downloads/monografia_vera_lucia.pdf. Acesso em 12/2007.

Disponível em: http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2005/03/supreme_court_i.html. Acesso em 04/2007.

Disponível em Wikipedia do Wikimedia Fundação, Inc. Política de privacidade Sobre Wikipedia Disclaimers. Acesso em 04/2007.

http://realcostofprisons.org/blog/archives/2005/06/supreme_court_r_1.html. Acesso em 04/2007.;

Disponível em

http://www.usatoday.com/news/washington/judicial/supremecourttopinions/2005-06-13-supermax-cells_x.htm). Acesso em 04/2007.

Disponível em [http://translate.google.com/translate?hl=pt-](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.msnbc.msn.com/id/12636492/&sa=X&oi=translate&resnum=5&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX)

[BR&sl=en&u=http://www.msnbc.msn.com/id/12636492/&sa=X&oi=translate&resnum=5&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.msnbc.msn.com/id/12636492/&sa=X&oi=translate&resnum=5&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX). Acesso em 04/2007.

Disponível em [http://translate.google.com/translate?hl=pt-](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.npr.org/templates/story/story.php%3FstoryId%3D5383628&sa=X&oi=translate&resnum=8&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX)

[BR&sl=en&u=http://www.npr.org/templates/story/story.php%3FstoryId%3D5383628&sa=X&oi=translate&resnum=8&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.npr.org/templates/story/story.php%3FstoryId%3D5383628&sa=X&oi=translate&resnum=8&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX). Acesso em 04/2007.

Disponível em [http://translate.google.com/translate?hl=pt-](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.supermaxed.com/Federal-SM-Page.htm&sa=X&oi=translate&resnum=9&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX)

[BR&sl=en&u=http://www.supermaxed.com/Federal-SM-Page.htm&sa=X&oi=translate&resnum=9&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.supermaxed.com/Federal-SM-Page.htm&sa=X&oi=translate&resnum=9&ct=result&prev=/search%3Fq%3DSupermax%2Bprison%2B%2Bin%2BUnited%2BStates%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DX). Acesso em 04/2007.

Disponível em [http://translate.google.com/translate?hl=pt-](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2004/wilvaus&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3Drelated:a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf%26hl%3Dpt-BR)

[BR&sl=en&u=http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2004/wilvaus&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3Drelated:a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf%26hl%3Dpt-BR](http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2004/wilvaus&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3Drelated:a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf%26hl%3Dpt-BR). Acesso em 04/2007.

Disponível em

<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/13jun20051530/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-495.pdf>. Acesso em 04/2007.

ANEXOS

ANEXO 1

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos⁸⁹ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

O Conselho Econômico e Social

1. Aprova as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes (37);
2. Chama a atenção dos Governos para o Conjunto destas regras e recomenda:
 - a) Que a sua adoção e aplicação nos estabelecimentos penitenciários e correcionais seja favoravelmente encarada;
 - b) Que o Secretário-Geral seja informado de cinco em cinco anos dos progressos feitos relativamente à sua aplicação;
 - c) Que os Governos adotem as medidas necessárias para dar a mais ampla publicidade possível às Regras Mínimas, não apenas junto dos organismos públicos interessados, mas também junto das organizações não governamentais que se ocupam da defesa social;
3. Autoriza o Secretário-Geral a adotar os procedimentos necessários para assegurar, em termos adequados a publicação das informações recebidas nos termos da alínea b) do parágrafo 2, supra, e a pedir, se necessário, informações suplementares.

⁸⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. Código de Direitos Humanos, FORENSE. 1ª ed. 2003.

Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos Resolução adotada a 31 de Agosto de 1955

O Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, Tendo adotado as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, anexas à presente resolução.

1. Solicita ao Secretário-Geral que, de acordo com a alínea d) do anexo à Resolução 415(V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, submeta estas Regras à aprovação da Comissão dos Assuntos Sociais do Conselho Econômico e Social;
2. Confia em que estas Regras sejam aprovadas pelo Conselho Econômico e Social e, se o Conselho considerar oportuno, pela Assembléia Geral, e que sejam transmitidas aos Governos com a recomendação de (a) que examinem favoravelmente a sua adoção e aplicação na administração dos estabelecimentos penitenciários, e (b) que o Secretário-Geral seja informado de três em três anos dos progressos realizados no que respeita à sua aplicação;
3. Expressa o desejo de que, para manter os Governos informados dos progressos realizados neste domínio, se solicite ao Secretário-Geral que publique na Revista Internacional de Política Criminal as informações enviadas pelos Governos, em cumprimento do disposto no parágrafo 2, e que autorize o pedido de informação suplementar, se necessário;
4. Expressa ainda o desejo de que se solicite ao Secretário-Geral que tome as medidas necessárias para assegurar que a mais ampla publicidade seja dada a estas Regras.

Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos

OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

1. As regras que se seguem não pretendem descrever em pormenor um modelo de sistema penitenciário. Procuram unicamente, com base no consenso geral do pensamento atual e nos elementos essenciais dos mais adequados sistemas

contemporâneos, estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos.

2. Tendo em conta a grande variedade das condições legais, sociais, econômicas e geográficas do mundo, é evidente que nem todas as regras podem ser aplicadas indistinta e permanentemente em todos os lugares. Devem, contudo, servir como estímulo de esforços constantes para ultrapassar dificuldades práticas na sua aplicação, na certeza de que representam, em conjunto, as condições mínimas aceites pelas Nações Unidas.

3. Além disso, os critérios que se aplicam às matérias tratadas por estas regras evoluem constantemente. Não se pode excluir a possibilidade de experiências e da adoção de novas práticas, desde que estas se ajustem aos princípios e objetivos que informaram a adoção das regras. De acordo com este princípio, pode a administração penitenciária central autorizar exceções às regras.

4.1) A primeira parte das regras trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e é aplicável a todas as categorias de reclusos, dos foros criminal ou civil, em regime de prisão preventiva ou já condenados, incluindo os que estejam detidos por aplicação de medidas de segurança ou que sejam objeto de medidas de reeducação ordenadas por um juiz.

2) A segunda parte contém as regras que são especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de cada secção. Contudo as regras da secção A, aplicáveis aos reclusos condenados, serão também aplicadas às categorias de reclusos a que se referem às secções B, C e D, desde que não sejam contraditórias com as regras específicas destas secções e na condição de constituírem uma melhoria de condições para estes reclusos.

5.1) Estas regras não têm como objetivo enquadrar a organização dos estabelecimentos para jovens delinquentes (estabelecimentos Borstal, instituições de reeducação, etc.). Contudo, e na generalidade, deve considerar-se que a primeira parte destas regras mínimas também se aplica a esses estabelecimentos.

2) A categoria de jovens reclusos deve, em qualquer caso, incluir os menores que dependem da jurisdição dos Tribunais de Menores. Como norma geral, não se deveriam condenar os jovens delinquentes a penas de prisão.

PARTE I

Regras de aplicação geral

Princípio básico

6.1) As regras que se seguem devem ser aplicadas imparcialmente. Não haverá discriminação alguma com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição.

2) Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

Registro

7.1) Em todos os locais em que haja pessoas detidas, haverá um livro oficial de registro, com páginas numeradas, no qual serão registrados, relativamente a cada recluso:

- a) A informação respeitante à sua identidade;
- b) Os motivos da detenção e a autoridade competente que a ordenou;
- c) O dia e a hora da sua entrada e saída.

2) Nenhuma pessoa deve ser admitida num estabelecimento penitenciário sem uma ordem de detenção válida, cujos pormenores tenham sido previamente registrados no livro de registro.

Separação de categorias

8. As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário, tendo em consideração o respectivo sexo e idade, antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias a aplicar. Assim:

- a) Na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, a totalidade dos locais destinados às mulheres será completamente

separada;

- b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados;
- c) Pessoas presas por dívidas ou outros reclusos do foro civil devem ser mantidos separados de reclusos do foro criminal;
- d) Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos.

Locais de reclusão

9.1) As celas ou locais destinados ao descanso notório não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração penitenciária central adote exceções a esta regra, deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local.

2) Quando se recorra à utilização de dormitórios, estes devem ser ocupados por reclusos cuidadosamente escolhidos e reconhecidos como sendo capazes de serem alojados nestas condições. Durante a noite, deverão estar sujeitos a uma vigilância regular, adaptada ao tipo de estabelecimento prisional em causa.

Locais destinados aos reclusos

10. As acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climatéricas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

11. Em todos os locais destinados aos reclusos, para viverem ou trabalharem:

- a) As janelas devem ser suficientemente amplas de modo a que os reclusos possam ler ou trabalhar com luz natural, e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial;
- b) A luz artificial deve ser suficiente para permitir aos reclusos ler ou trabalhar sem prejudicar a vista.

12. As instalações sanitárias devem ser adequadas, de modo a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente.

13. As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima, tão freqüentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado.

14. Todas as zonas de um estabelecimento penitenciário usadas regularmente pelos reclusos devem ser mantidas e conservadas sempre escrupulosamente limpas.

Higiene pessoal

15. Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, ser-lhes-ão fornecidos água e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza.

16. A fim de permitir aos reclusos manter um aspecto correto e preservar o respeito por si próprios, ser-lhes-ão garantidos os meios indispensáveis para cuidar do cabelo e da barba; os homens devem poder barbear-se regularmente.

Vestuário e roupa de cama

17.1) Deve ser garantido vestuário adaptado às condições climatéricas e de saúde a todos os reclusos que não estejam autorizados a usar o seu próprio vestuário. Este vestuário não deve de forma alguma ser degradante ou humilhante.

2) Todo o vestuário deve estar limpo e ser mantido em bom estado. As roupas interiores devem ser mudadas e lavadas tão freqüentemente quanto seja necessário para manutenção da higiene.

3) Em circunstâncias excepcionais, sempre que um recluso obtenha licença para sair do estabelecimento, deve ser autorizado a vestir as suas próprias roupas ou roupas que não chamem a atenção.

18. Sempre que os reclusos sejam autorizados a utilizar o seu próprio vestuário, devem ser tomadas disposições no momento de admissão no estabelecimento para assegurar que este seja limpo e adequado.

19. A todos os reclusos, de acordo com padrões locais ou nacionais, deve ser fornecido um leito próprio e roupa de cama suficiente e própria, que estará limpa quando lhes for entregue, mantida em bom estado de conservação e mudada com a frequência suficiente para garantir a sua limpeza.

Alimentação

20.1) A administração deve fornecer a cada recluso, há horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida.

2) Todos os reclusos devem ter a possibilidade de se prover com água potável sempre que necessário.

Exercício e desporto

21.1) Todos os reclusos que não efetuam trabalho no exterior devem ter pelo menos uma hora diária de exercício adequado ao ar livre quando o clima o permita.

2) Os jovens reclusos e outros de idade e condição física compatíveis devem receber durante o período reservado ao exercício, educação física e recreativa. Para este fim, serão colocados à disposição dos reclusos o espaço, instalações e equipamento adequados.

Serviços médicos

22.1) Cada estabelecimento penitenciário deve dispor dos serviços de pelo menos um médico qualificado, que deverá ter alguns conhecimentos de psiquiatria. Os serviços médicos devem ser organizados em estreita ligação com a administração geral de

saúde da comunidade ou da nação. Devem incluir um serviço de psiquiatria para o diagnóstico, e em casos específicos, o tratamento de estados de perturbação mental.

2) Os reclusos doentes que necessitem de cuidados especializados devem ser transferidos para estabelecimentos especializados ou para hospitais civis. Quando o tratamento hospitalar é organizado no estabelecimento este deve dispor de instalações, material e produtos farmacêuticos que permitam prestar aos reclusos doentes os cuidados e o tratamento adequados; o pessoal deve ter uma formação profissional suficiente.

3) Todos os reclusos devem poder beneficiar dos serviços de um dentista qualificado.

23.1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

24. O médico deve examinar cada recluso o mais depressa possível após a sua admissão no estabelecimento penitenciário e em seguida sempre que, necessário, com o objetivo de detectar doenças físicas ou mentais e de tomar todas as medidas necessárias para o respectivo tratamento; de separar reclusos suspeitos de serem portadores de doenças infecciosas ou contagiosas; de detectar as deficiências físicas ou mentais que possam constituir obstáculos a reinserção dos reclusos e de determinar a capacidade física de trabalho de cada recluso.

25.1) Ao médico compete vigiar a saúde física e mental dos reclusos. Deve visitar diariamente todos os reclusos doentes, os que se queixem de doença e todos aqueles para os quais a sua atenção é especialmente chamada.

2) O médico deve apresentar relatório ao diretor, sempre que julgue que a saúde física ou mental foi ou será desfavoravelmente afetada pelo prolongamento ou pela aplicação de qualquer modalidade de regime de reclusão.

26.1) O médico deve proceder a inspeções regulares e aconselhar o diretor sobre:

- a) A quantidade, qualidade, preparação e distribuição dos alimentos;
 - b) A higiene e asseio do estabelecimento penitenciário e dos reclusos;
 - c) As instalações sanitárias, aquecimento, iluminação e ventilação do estabelecimento;
 - d) A qualidade e asseio do vestuário e da roupa de cama dos reclusos;
 - e) A observância das regras respeitantes à educação física e desportiva, nos casos em que não haja pessoal especializado encarregado destas atividades.
- 2) O diretor deve tomar em consideração os relatórios e os conselhos do médico referidos nas regras 25(2) e 26 e, se houver acordo, tomar imediatamente as medidas sugeridas para que estas recomendações sejam seguidas; em caso de desacordo ou se a matéria não for da sua competência, transmitirá imediatamente à autoridade superior a sua opinião e o relatório médico.

Disciplina e sanções

27. A ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária.

28.1) Nenhum recluso poderá desempenhar nos serviços do estabelecimento qualquer atividade que comporte poder disciplinar.

2) Esta regra, contudo, não deve impedir o bom funcionamento de sistemas baseados na autogestão, nos quais certas atividades ou responsabilidades sociais, educativas ou desportivas podem ser confiadas, sob controlo, a grupos de reclusos tendo em vista o seu tratamento.

29. Os seguintes pontos devem ser determinados por lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente:

- a) A conduta que constitua infração disciplinar;
- b) O tipo e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas;
- c) A autoridade competente para pronunciar essas sanções.

30.1) Um recluso só pode ser punido de acordo com as disposições legais ou regulamentares e nunca duas vezes pela mesma infração.

2) Nenhum recluso pode ser punido sem ter sido informado da infração de que é acusado e sem que lhe seja dada uma oportunidade adequada para apresentar a sua defesa. A autoridade competente examinará o caso exaustivamente.

3) Quando necessário e possível, o recluso deve ser autorizado a defender-se por meio de um intérprete.

31. As penas corporais, a colocação em "segredo escuro" bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares.

32.1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não devem nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o recluso e certificado, por escrito, que ele está apto para suportar.

2) O mesmo se aplicará a outra qualquer sanção que possa ser prejudicial à saúde física ou mental do recluso. Em nenhum caso devem tais sanções contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.

3) O médico deve visitar diariamente os reclusos submetidos a tais sanções e deve apresentar relatório ao diretor, se considerar necessário pôr fim ou modificar a sanção por razões de saúde física ou mental.

Instrumentos de coação

33. A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias:

a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa;

b) Por razões médicas sob indicação do médico;

c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar

estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior.

34. O modelo e o modo de utilização dos instrumentos de coação devem ser decididos pela administração penitenciária central. A sua aplicação não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário.

Informação e direito de queixa dos reclusos

35.1) No momento da admissão, cada recluso deve receber informação escrita sobre o regime aplicável aos reclusos da sua categoria, sobre as regras disciplinares do estabelecimento e sobre os meios autorizados para obter informações e formular queixas; e sobre todos os outros pontos que podem ser necessários para lhe permitir conhecer os seus direitos e obrigações, e para se adaptar à vida do estabelecimento.

2) Se o recluso for analfabeto estas informações devem ser-lhe comunicadas oralmente.

36. 1) Todo o recluso deve ter, em qualquer dia útil, a oportunidade de apresentar requerimentos ou queixas ao diretor do estabelecimento ou ao funcionário autorizado a representá-lo.

2) Qualquer recluso deve poder apresentar requerimentos ou queixas ao inspetor das prisões no decurso da sua visita. O recluso pode dirigir-se ao inspetor ou a qualquer outro funcionário incumbido da inspeção fora da presença do diretor ou de outros membros do pessoal do estabelecimento.

3) Qualquer recluso deve ser autorizado a dirigir, pela via prescrita, sem censura quanto ao fundo, mas em devida forma, requerimentos ou queixas à administração penitenciária central, à autoridade judiciária ou a qualquer outra autoridade competente.

4) O requerimento ou queixa deve ser estudado sem demora e merecer uma resposta em tempo útil, salvo se for manifestamente inconsistente ou desprovido de fundamento.

Contactos com o mundo exterior

37. Os reclusos devem ser autorizados, sob a necessária supervisão, a comunicar periodicamente com as suas famílias e com amigos de boa reputação, quer por correspondência quer através de visitas.

38.1) A reclusos de nacionalidade estrangeira devem ser concedidas facilidades razoáveis para comunicarem com os representantes diplomáticos e consulares do Estado a que pertencem.

2) A reclusos de nacionalidade de Estados sem representação diplomática ou consular no país, e a refugiados ou apátridas, devem ser concedidas facilidades semelhantes para comunicarem com representantes diplomáticos do Estado encarregado de zelar pelos seus interesses ou com qualquer autoridade nacional ou internacional que tenha a seu cargo a proteção dessas pessoas.

39. Os reclusos devem ser mantidos regularmente informados das notícias mais importantes através da leitura de jornais, periódicos ou publicações penitenciárias especiais através de transmissões de rádio, conferências ou quaisquer outros meios semelhantes, autorizados ou controlados pela administração.

Biblioteca

40. Cada estabelecimento penitenciário deve ter uma biblioteca para o uso de todas as categorias de reclusos, devidamente provida com livros de recreio e de instrução e os reclusos devem ser incentivados a utilizá-la plenamente.

Religião

41.1) Se o estabelecimento reunir um número suficiente de reclusos da mesma religião, deve ser nomeado ou autorizado um representante qualificado dessa religião. Se o número de reclusos o justificar e as circunstâncias o permitirem, deve ser encontrada uma solução permanente.

2) O representante qualificado, nomeado ou autorizado nos termos do parágrafo 1), deve ser autorizado a organizar periodicamente serviços religiosos e a fazer, sempre que for aconselhável, visitas pastorais, em particular aos reclusos da sua religião.

3) O direito de entrar em contacto com um representante qualificado da sua religião nunca deve ser negado a qualquer recluso. Por outro lado, se um recluso se opõe à visita de um representante de uma religião, a sua vontade deve ser respeitada.

42. Tanto quanto possível cada recluso deve ser autorizado a satisfazer as exigências da sua vida religiosa, assistindo aos serviços ministrados no estabelecimento e tendo na sua posse livros de rito e prática de ensino religioso da sua confissão.

Depósito de objetos pertencentes aos reclusos

43.1) Quando o regulamento não autorizar aos reclusos a posse de dinheiro, objetos de valor, peças de vestuário e outros objetos que lhes pertençam, estes devem, no momento de admissão no estabelecimento, ser guardados em lugar seguro. Deve ser elaborada uma lista destes objetos, assinada pelo recluso. Devem ser tomadas medidas para conservar estes objetos em bom estado.

2) Estes objetos e o dinheiro devem ser restituídos ao recluso no momento da sua libertação, com exceção do dinheiro que tenha sido autorizado a gastar, dos objetos que tenham sido enviados pelo recluso para o exterior ou das peças de vestuário que tenham sido destruídas por razões de higiene. O recluso deve entregar recibo dos objetos e do dinheiro que lhe tenham sido restituídos.

3) Na medida do possível, os valores e objetos enviados do exterior estão submetidos a estas mesmas regras.

4) Se o recluso for portador de medicamentos ou estupefacientes no momento da admissão, o médico decidirá sobre a sua utilização. Notificação de morte, doença, transferência, etc.

44.1) No caso de morte, doença grave, ou acidente grave de um recluso ou da sua mudança para um estabelecimento para o tratamento de doenças mentais, o diretor deve informar imediatamente o cônjuge, se o recluso for casado, ou o parente mais próximo e, em qualquer caso, a pessoa previamente designada pelo recluso.

2) Um recluso deve ser informado imediatamente da morte ou doença grave de qualquer parente próximo. No caso de doença crítica de um parente próximo, o recluso deve ser autorizado, quando as circunstâncias o permitirem, a ir junto dele, quer sob escolta quer só.

3) Cada recluso deve ter o direito de informar imediatamente a sua família da sua prisão ou da sua transferência para outro estabelecimento penitenciário.

Transferência de reclusos

45.1) Quando os reclusos sejam transferidos de ou para outro estabelecimento, devem ser vistos o menos possível pelo público, e devem ser tomadas medidas apropriadas para os proteger de insultos, curiosidade e de qualquer tipo de publicidade.

2) Deve ser proibido o transporte de reclusos em veículos com deficiente ventilação ou iluminação, ou que de qualquer outro modo os possa sujeitar a sacrifícios físicos desnecessários.

3) O transporte de reclusos deve ser efetuado a expensas da administração, em condições de igualdade para todos eles.

Pessoal penitenciário

46.1) A administração penitenciária deve selecionar cuidadosamente o pessoal de todas as categorias, dado que é da sua integridade, humanidade, aptidões pessoais e capacidades profissionais que depende uma boa gestão dos estabelecimentos penitenciários.

2) A administração penitenciária deve esforçar-se permanentemente para suscitar e manter no espírito do pessoal e da opinião pública a convicção de que esta missão representa um serviço social de grande importância; para o efeito, devem ser utilizados todos os meios adequados para esclarecer o público.

3) Para a realização daqueles fins, os membros do pessoal devem desempenhar funções a tempo inteiro na qualidade de funcionários penitenciários profissionais, devem ter o estatuto de funcionários do Estado e ser-lhes garantida, por conseguinte, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física. A remuneração deve ser suficiente para permitir recrutar e manter ao serviço homens e mulheres competentes; as vantagens da carreira e as condições de emprego devem ser determinadas tendo em conta a natureza penosa do trabalho.

47. 1) O pessoal deve possuir um nível intelectual adequado.

2) Deve frequentar, antes de entrar em funções, um curso de formação geral e especial e prestar provas teóricas e práticas.

3) Após a entrada em funções e ao longo da sua carreira, o pessoal deve conservar e melhorar os seus conhecimentos e competências profissionais, seguindo cursos de aperfeiçoamento organizados periodicamente.

48. Todos os membros do pessoal devem, em todas as circunstâncias, comportar-se e desempenhar as suas funções de maneira que o seu exemplo tenha boa influência sobre os reclusos e mereça o respeito destes.

49.1) Na medida do possível, deve incluir-se no pessoal um número suficiente de especialistas, tais como psiquiatras, psicólogos, trabalhadores sociais, professores e instrutores técnicos.

2) Os trabalhadores sociais, professores e instrutores técnicos devem exercer as suas funções de forma permanente, mas poderá também se recorrer a auxiliares em tempo parcial ou a voluntários.

50.1) O diretor do estabelecimento deve ser bem qualificado para a sua função, quer pelo seu caráter, quer pelas suas competências administrativas, formação e experiência.

2) Deve exercer a sua função oficial a tempo inteiro.

3) Deve residir no estabelecimento ou nas imediações deste.

4) Quando dois ou mais estabelecimentos estejam sob a autoridade de um único diretor, este deve visitar ambos com frequência. Em cada um dos estabelecimentos deve haver um funcionário responsável.

51.1) O diretor, o seu adjunto e a maioria dos outros membros do pessoal do estabelecimento devem falar a língua da maior parte dos reclusos ou uma língua entendida pela maioria deles.

2) Deve recorrer-se aos serviços de um intérprete sempre que seja necessário.

52.1) Nos estabelecimentos cuja dimensão exija os serviços de um ou mais de um médico a tempo inteiro, um deles pelo menos deve residir no estabelecimento ou nas suas imediações.

2) Nos outros estabelecimentos, o médico deve visitar diariamente os reclusos e residir suficientemente perto para acudir a casos de urgência.

53.1) Nos estabelecimentos destinados a homens e mulheres, a secção das mulheres deve ser colocada sob a direcção de um funcionário do sexo feminino responsável que terá à sua guarda todas as chaves dessa secção.

2) Nenhum funcionário do sexo masculino pode entrar na parte do estabelecimento destinada às mulheres sem ser acompanhado por um funcionário do sexo feminino.

3) A vigilância das reclusas deve ser assegurada exclusivamente por funcionários do sexo feminino. Não obstante, isso não impede que funcionários do sexo masculino, especialmente médicos e professores, desempenhem as suas funções profissionais em estabelecimentos ou secções de estabelecimentos destinados a mulheres.

54.1) Os funcionários dos estabelecimentos penitenciários não devem usar, nas suas relações com os reclusos, de força, exceto em legítima defesa ou em casos de tentativa de fuga, ou de resistência física ativa ou passiva a uma ordem baseada na lei ou nos regulamentos. Os funcionários que tenham de recorrer à força não devem usar senão a estritamente necessária, e devem informar imediatamente o diretor do estabelecimento penitenciário quanto ao incidente.

2) Os membros do pessoal penitenciário devem receber se necessário uma formação técnica especial que lhes permita dominar os reclusos violentos.

3) Salvo circunstâncias especiais, os agentes que assegurem serviços que os ponham em contacto direto com os reclusos não devem estar armados. Aliás, não deverá ser confiada uma arma a um membro do pessoal sem que ele seja treinado para o seu uso.

Inspeção

55. Haverá uma inspeção regular dos estabelecimentos e serviços penitenciários, por inspetores qualificados e experientes, nomeados por uma autoridade competente. É seu dever assegurar que estes estabelecimentos sejam administrados de acordo com as leis e regulamentos vigentes, para prossecção dos objetivos dos serviços penitenciários e correcionais.

PARTE II

Regras aplicáveis a categorias especiais

A. Reclusos condenados

Princípios gerais

56. Os princípios gerais a seguir enunciados têm por finalidade a definição do espírito dentro do qual os sistemas penitenciários devem ser administrados e os objetivos a que devem tender, de acordo com a declaração feita na observação preliminar 1 do presente texto.

57. A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

58. O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que priva de liberdade é, em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas à vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.

59. Nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinqüentes.

60.1) O regime do estabelecimento deve procurar reduzir as diferenças que podem existir entre a vida na prisão e a vida em liberdade na medida em que essas diferenças tendam a esbater

o sentido de responsabilidade do detido ou o respeito pela dignidade da sua pessoa.

2) Antes do termo da execução de uma pena ou de uma medida é desejável que sejam adotadas as medidas necessárias a assegurar ao recluso um regresso progressivo à vida na sociedade. Este objetivo poderá ser alcançado, consoante os casos, por um regime preparatório da libertação, organizado no próprio estabelecimento ou em outro estabelecimento adequado, ou por uma libertação condicional sob um controlo que não deve caber à polícia, mas que comportará uma assistência social.

61. O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas. Assistentes sociais colaborando com cada estabelecimento devem ter por missão a manutenção e a melhoria das relações do recluso com a sua família e com os organismos sociais que podem ser-lhe úteis. Devem adaptar-se medidas tendo em vista a salvaguarda, de acordo com a lei e a pena imposta, dos direitos civis, dos direitos em matéria de segurança social e de outros benefícios sociais dos reclusos.

62. Os serviços médicos de o estabelecimento esforçar-se-ão por descobrir e tratar quaisquer deficiências ou doenças físicas ou mentais que podem constituir um obstáculo à reabilitação do recluso. Qualquer tratamento médico, cirúrgico e psiquiátrico considerado necessário deve ser aplicado tendo em vista esse objetivo.

63.1) A realização destes princípios exige a individualização do tratamento e, para este fim, um sistema flexível de classificação dos reclusos por grupos; é por isso desejável que esses grupos sejam colocados em estabelecimentos separados em que cada um deles possa receber o tratamento adequado.

2) Estes estabelecimentos não devem possuir o mesmo grau de segurança para cada grupo. É desejável prever graus de segurança consoante as necessidades dos diferentes grupos. Os estabelecimentos abertos, pelo próprio fato de não preverem medidas de segurança física contra as evasões, mas remeterem neste domínio à autodisciplina dos reclusos, dão a reclusos cuidadosamente escolhidos as condições mais favoráveis à sua reabilitação.

3) É desejável que nos estabelecimentos fechados a individualização do tratamento não seja prejudicada pelo número demasiado elevado de reclusos. Nalguns países entende-

se que a população de semelhantes estabelecimentos não deve ultrapassar os quinhentos. Nos estabelecimentos abertos, a população deve ser tão reduzida quanto possível.

4) Por outro lado, não é desejável manter estabelecimentos demasiado pequenos para se poder organizar neles um regime conveniente.

64. O dever da sociedade não cessa com a libertação de um recluso. Seria por isso necessário dispor de organismos governamentais ou privados capazes de trazer ao recluso colocado em liberdade um auxílio pós-penitenciário eficaz, tendente a diminuir os preconceitos a seu respeito e permitindo-lhe a sua reinserção na sociedade.

Tratamento

65. O tratamento das pessoas condenadas a uma pena ou medida privativa de liberdade deve ter por objetivo, na medida em que o permitir a duração da condenação, criar nelas à vontade e as aptidões que as tornem capazes, após a sua libertação, de viver no respeito da lei e de prover às suas necessidades. Este tratamento deve incentivar o respeito por si próprias e desenvolver o seu sentido da responsabilidade.

66. 1) Para este fim, há que recorrer nomeadamente à assistência religiosa nos países em que seja possível, à instrução, à orientação e à formação profissionais, aos métodos de assistência social individual, ao aconselhamento relativo ao emprego, ao desenvolvimento físico e à educação moral, de acordo com as necessidades de cada recluso. Há que ter em conta o passado social e criminal do condenado, as suas capacidades e aptidões físicas e mentais, as suas disposições pessoais, a duração da condenação e as perspectivas da sua reabilitação.

2) Para cada recluso condenado a uma pena ou a uma medida de certa duração, o diretor do estabelecimento deve receber, no mais breve trecho após a admissão do recluso, relatórios completos sobre os diferentes aspectos referidos no número anterior. Estes relatórios devem sempre compreender um relatório de um médico, se possível especializado em psiquiatria, sobre a condição física e mental do recluso.

3) Os relatórios e outros elementos pertinentes devem ser colocados num arquivo individual. Este arquivo deve ser atualizado e classificado de modo a poder ser consultado pelo pessoal responsável sempre que necessário.

Classificação e individualização

67. As finalidades da classificação devem ser:

- a) De afastar os reclusos que pelo seu passado criminal ou pelas suas tendências exerceriam uma influência negativa sobre os outros reclusos;
- b) De repartir os reclusos por grupos tendo em vista facilitar o seu tratamento para a sua reinserção social.

68. Há que dispor, na medida do possível, de estabelecimentos separados ou de secções distintas dentro de um estabelecimento para o tratamento das diferentes categorias de reclusos.

69. Assim que possível depois da admissão e depois de um estudo da personalidade de cada recluso condenado a uma pena ou a uma medida de uma certa duração deve ser preparado um programa de tratamento que lhe seja destinado, à luz dos dados de que se dispõe sobre as suas necessidades individuais, as suas capacidades e o seu estado de espírito.

Privilégios

70. Há que instituir em cada estabelecimento um sistema de privilégios adaptado às diferentes categorias de reclusos e aos diferentes métodos de tratamento, com o objetivo de encorajar o bom comportamento, de desenvolver o sentido da responsabilidade e de estimular o interesse e a cooperação dos reclusos no seu próprio tratamento.

Trabalho

71.1) O trabalho na prisão não deve ser penoso.

2) Todos os reclusos condenados devem trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com determinação do médico.

3) Deve ser dado trabalho suficiente de natureza útil aos reclusos de modo a conservá-los ativos durante o dia normal de trabalho.

4) Tanto quanto possível, o trabalho proporcionado deve ser de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos reclusos para ganharem honestamente a vida depois de libertados.

5) Deve ser proporcionado treino profissional em profissões úteis aos reclusos que dele tirem proveito, e especialmente a jovens reclusos.

6) Dentro dos limites compatíveis com uma seleção profissional apropriada e com as exigências da administração e disciplina penitenciária, os reclusos devem poder escolher o tipo de trabalho que querem fazer.

72.1) A organização e os métodos do trabalho penitenciário devem aproximar-se tanto quanto possível dos que regem um trabalho semelhante fora do estabelecimento, de modo a preparar os reclusos para as condições normais do trabalho em liberdade.

2) No entanto o interesse do reclusos e da sua formação profissional não deve ser subordinado ao desejo de realizar um benefício por meio do trabalho penitenciário.

73. 1) As indústrias e explorações agrícolas devem de preferência ser dirigidas pela administração e não por empresários privados.

2) Quando os reclusos forem empregues para trabalho não controlado pela administração, devem ser sempre colocados sob vigilância do pessoal penitenciário. Salvo nos casos em que o trabalho seja efetuado por outros departamentos do Estado, as pessoas às quais esse trabalho seja prestado devem pagar à administração a remuneração normal exigível para esse trabalho, tendo, todavia em conta a remuneração auferida pelos reclusos.

74.1) Os cuidados prescritos destinados a proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores em liberdade devem igualmente existir nos estabelecimentos penitenciários.

2) Devem ser adotadas disposições para indenizar os reclusos dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, nas mesmas condições que a lei concede aos trabalhadores em liberdade.

75.1) As horas diárias e semanais máximas de trabalho dos reclusos devem ser fixadas por lei ou por regulamento administrativo, tendo em consideração regras ou costumes locais respeitantes ao trabalho dos trabalhadores em liberdade.

2) As horas devem ser fixadas de modo a deixar um dia de descanso semanal e tempo suficiente para educação e para outras atividades necessárias como parte do tratamento e reinserção dos reclusos.

76.1) O tratamento dos reclusos deve ser remunerado de modo eqüitativo.

2) O regulamento deve permitir aos reclusos a utilização de pelo menos uma parte da sua remuneração para adquirir objetos autorizados destinados ao seu uso pessoal e para enviar outra parte à sua família.

3) O regulamento deve prever igualmente que uma parte da remuneração seja reservada pela administração de modo a constituir uma poupança que será entregue ao recluso no momento da sua colocação em liberdade.

Educação e recreio

77.1) Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito, incluindo instrução religiosa nos países em que tal for possível. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção.

2) Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua educação.

78. Devem ser proporcionadas atividades de recreio e culturais em todos os estabelecimentos penitenciários em benefício da saúde mental e física dos reclusos.

A. Relações sociais e assistência pós-prisional

79. Deve ser prestada atenção especial à manutenção e melhoramento das relações entre o recluso e a sua família, que se mostrem de maior vantagem para ambos.

80. Desde o início do cumprimento da pena de um recluso deve ter-se em consideração o seu futuro depois de libertado, sendo estimulado e ajudado a manter ou estabelecer as relações com pessoas ou organizações externas, aptas a promover os melhores interesses da sua família e da sua própria reinserção social.

81.1) Serviços ou organizações governamentais ou outras, que prestam assistência a reclusos colocados em liberdade para se reestabelecerem na sociedade, devem assegurar, na medida do possível e do necessário, que sejam fornecidos aos reclusos libertados documentos de identificação apropriados, garantidas casas adequadas e trabalho, adequado vestuário, tendo em conta o clima e a estação do ano e recursos suficientes para chegarem ao seu destino e para subsistirem no período imediatamente seguinte à sua libertação.

2) Os representantes oficiais dessas organizações terão o acesso necessário ao estabelecimento penitenciário e aos reclusos, sendo consultados sobre o futuro do recluso desde o início do cumprimento da pena.

3) É recomendável que as atividades destas organizações estejam centralizadas ou sejam coordenadas, tanto quanto possível, a fim de garantir a melhor utilização dos seus esforços.

B. Reclusos alienados e doentes mentais

82.1) Os reclusos alienados não devem estar detidos em prisões, devendo ser tomadas medidas para os transferir para estabelecimentos para doentes mentais o mais depressa possível.

2) Os reclusos que sofrem de outras doenças ou anomalias mentais devem ser examinados e tratados em instituições especializadas sob vigilância médica.

3) Durante a sua estada na prisão, tais reclusos serão postos sob especial supervisão de um médico.

4) O serviço médico ou psiquiátrico dos estabelecimentos penitenciários deve proporcionar tratamento psiquiátrico a todos os reclusos que necessitem de tal tratamento.

83. É desejável que sejam adotadas disposições, de acordo com os organismos competentes, para que o tratamento psiquiátrico seja mantido, se necessário, depois da colocação em liberdade e que uma assistência social pós-penitenciária de natureza psiquiátrica seja assegurada.

C. Reclusos detidos ou aguardando julgamento

84.1) Os detidos ou presos em virtude de lhes ser imputada à prática de uma infração penal quer estejam detidos sob custódia da polícia, quer num estabelecimento penitenciário, mas que ainda não foram julgados e condenados, são a seguir designados por "preventivos não julgados" nas disposições seguintes.

2) Os preventivos presumem-se inocentes e como tal devem ser tratados.

3) Sem prejuízo das disposições legais sobre a proteção da liberdade individual ou que prescrevem os trâmites a ser observados em relação a preventivos, estes reclusos devem beneficiar de um regime especial cujos elementos essenciais são os seguintes.

85.1) Os preventivos devem ser mantidos separados dos reclusos condenados.

2) Os jovens preventivos devem ser mantidos separados dos adultos e ser, em princípio, detidos em estabelecimentos penitenciários separados.

86. Os preventivos dormirão sós em quartos separados sob reserva de diferente costume local relativo ao clima.

87. Dentro dos limites compatíveis com a boa ordem do estabelecimento, os preventivos podem, se o desejarem, mandar vir alimentação do exterior a expensas próprias, quer através da administração, quer através da sua família ou amigos. Caso contrário à administração deve fornecer-lhes a alimentação.

88.1) O preventivo é autorizado a usar a sua própria roupa se estiver limpa e for adequada.

2) Se usar roupa do estabelecimento penitenciário, esta será diferente da fornecida aos condenados.

89. Será sempre dada ao preventivo oportunidade para trabalhar, mas não lhe será exigido trabalhar. Se optar por trabalhar, será remunerado.

90. O preventivo deve ser autorizado a obter a expensas próprias ou a expensas de terceiros, livros, jornais, material para escrever e outros meios de ocupação compatíveis com os interesses da administração da justiça e a segurança e boa ordem do estabelecimento.

91. O preventivo deve ser autorizado a ser visitado e tratado pelo seu médico pessoal ou dentista se existir motivo razoável para o seu pedido e puder pagar quaisquer despesas em que incorrer.

92. O preventivo deve ser autorizado a informar imediatamente a sua família da detenção e devem ser-lhe dadas todas as facilidades razoáveis para comunicar com a sua família e amigos e para receber as suas visitas sob reserva apenas das restrições e supervisão necessárias aos interesses da administração da justiça e à segurança e boa ordem do estabelecimento.

93. Para efeitos de defesa, o preventivo deve ser autorizado a pedir a designação de um defensor oficioso, onde tal assistência exista, e a receber visitas do seu advogado com vista à sua defesa, bem como a preparar e entregar-lhe instruções confidenciais. Para estes efeitos ser-lhe-á dado, se assim o desejar, material de escrita. As entrevistas entre o recluso e o seu advogado podem ser vistas, mas não ouvidas por um funcionário da polícia ou do estabelecimento.

D. Condenados por dívidas ou a prisão civil

94. Nos países cuja legislação prevê a prisão por dívidas ou outras formas de prisão pronunciadas por decisão judicial na seqüência de processo que não tenha natureza penal, estes reclusos não devem ser submetidos a maiores restrições nem ser tratados com maior severidade do que for necessário para manter a segurança e a ordem. O seu tratamento não deve ser menos favorável do que o dos preventivos, sob reserva, porém, da eventual obrigação de trabalhar.

E. Reclusos detidos ou presos sem acusação

95. Sem prejuízo das regras contidas no artigo 9 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, deve ser concedida às pessoas detidas ou presas sem acusação à proteção conferida nos termos da Parte I e da secção C da Parte II. As disposições relevantes da secção A da Parte II serão igualmente aplicáveis sempre que a sua aplicação possa beneficiar esta categoria especial de reclusos, desde que não seja tomada nenhuma medida implicando que a reeducação ou a reinserção é de algum modo adequada a pessoas não condenadas por uma infração penal.

ANEXO 2

REGRAS MÍNIMAS PARA TRATAMENTO DO PRESO NO BRASIL

RESOLUÇÃO Nº 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994
Publicada no DOU de 2.12.2994

O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no uso de suas atribuições legais e regimentais e;

Considerando a decisão, por unanimidade, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, reunido em 17 de outubro de 1994, com o propósito de estabelecer regras mínimas para o tratamento de Presos no Brasil;

Considerando a recomendação, nesse sentido, aprovada na sessão de 26 de abril a 6 de maio de 1994, pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é Membro;

Considerando ainda o disposto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal);

Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

TÍTULO I REGRAS DE APLICAÇÃO GERAL

CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

Art. 2º. Impõe-se o respeito às crenças religiosas, aos cultos e aos preceitos morais do preso.

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 4º. O preso terá o direito de ser chamado por seu nome.

CAPÍTULO II DO REGISTRO

Art. 5º. Ninguém poderá ser admitido em estabelecimento prisional sem ordem legal de prisão.

Parágrafo Único. No local onde houver preso deverá existir registro em que constem os seguintes dados:

I – identificação;

II – motivo da prisão;

III – nome da autoridade que a determinou;

IV – antecedentes penais e penitenciários;

V – dia e hora do ingresso e da saída.

Art. 6º. Os dados referidos no artigo anterior deverão ser imediatamente comunicados ao programa de Informatização do Sistema Penitenciário Nacional – INFOPEN, assegurando-se ao preso e à sua família o acesso a essas informações.

CAPÍTULO III DA SELEÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PRESOS

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

CAPÍTULO IV DOS LOCAIS DESTINADOS AOS PRESOS

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a freqüência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 11. Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creches e em pré-escola.

Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lhe-á permitido usar suas próprias roupas.

CAPÍTULO V DA ALIMENTAÇÃO

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

CAPÍTULO VI DOS EXERCÍCIOS FÍSICOS

Art. 14. O preso que não se ocupar de tarefa ao ar livre deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol.

CAPÍTULO VII DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E ASSISTÊNCIA SANITÁRIA

Art. 15. A assistência à saúde do preso, de caráter preventivo curativo, compreenderá atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Art. 16. Para assistência à saúde do preso, os estabelecimentos prisionais serão dotados de:

I – enfermaria com cama, material clínico, instrumental adequado a produtos farmacêuticos indispensáveis para internação médica ou odontológica de urgência;

II – dependência para observação psiquiátrica e cuidados toxicômanos;

III – unidade de isolamento para doenças infecto-contagiosas.

Parágrafo Único - Caso o estabelecimento prisional não esteja suficientemente aparelhado para prover assistência médica necessária ao doente, poderá ele ser transferido para unidade hospitalar apropriada.

Art. 17. O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico. Para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência.

Art 18. O médico, obrigatoriamente, examinará o preso, quando do seu ingresso no estabelecimento e, posteriormente, se necessário, para :

I – determinar a existência de enfermidade física ou mental, para isso, as medidas necessárias;

II – assegurar o isolamento de presos suspeitos de sofrerem doença infecto-contagiosa;

III – determinar a capacidade física de cada preso para o trabalho;

IV – assinalar as deficiências físicas e mentais que possam constituir um obstáculo para sua reinserção social.

Art. 19. Ao médico cumpre velar pela saúde física e mental do preso, devendo realizar visitas diárias àqueles que necessitem.

Art. 20. O médico informará ao diretor do estabelecimento se a saúde física ou mental do preso foi ou poderá vir a ser afetada pelas condições do regime prisional.

Parágrafo Único – Deve-se garantir a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do preso ou de seus familiares, a fim de orientar e acompanhar seu tratamento.

CAPÍTULO VIII DA ORDEM E DA DISCIPLINA

Art. 21. A ordem e a disciplina deverão ser mantidas, sem se impor restrições além das necessárias para a segurança e a boa organização da vida em comum.

Art. 22. Nenhum preso deverá desempenhar função ou tarefa disciplinar no estabelecimento prisional.

Parágrafo Único – Este dispositivo não se aplica aos sistemas baseados na autodisciplina e nem deve ser obstáculo para a atribuição de tarefas, atividades ou responsabilidade de ordem social, educativa ou desportiva.

Art. 23 . Não haverá falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

Parágrafo Único – As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e a dignidade pessoal do preso.

Art. 24. São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura.

Art. 25. Não serão utilizados como instrumento de punição: correntes, algemas e camisas-de-força.

Art. 26. A norma regulamentar ditada por autoridade competente determinará em cada caso:

I – a conduta que constitui infração disciplinar;

II – o caráter e a duração das sanções disciplinares;

III - A autoridade que deverá aplicar as sanções.

Art. 27. Nenhum preso será punido sem haver sido informado da infração que lhe será atribuída e sem que lhe haja assegurado o direito de defesa.

Art. 28. As medidas coercitivas serão aplicadas, exclusivamente, para o restabelecimento da normalidade e cessarão, de imediato, após atingida a sua finalidade.

CAPÍTULO IX DOS MEIOS DE COERÇÃO

Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los

Em razão de perigo eminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

Art. 30. É proibido o transporte de preso em condições ou situações que lhe importam sofrimentos físicos

Parágrafo Único – No deslocamento de mulher presa a escolta será integrada, pelo menos, por uma policial ou servidor pública.

CAPÍTULO X DA INFORMAÇÃO E DO DIREITO DE QUEIXA DOS PRESOS

Art. 31. Quando do ingresso no estabelecimento prisional, o preso receberá informações escritas sobre normas que orientarão seu tratamento, as imposições de caráter disciplinar bem como sobre os seus direitos e deveres.

Parágrafo Único – Ao preso analfabeto, essas informações serão prestadas verbalmente.

Art. 32. O preso terá sempre a oportunidade de apresentar pedidos ou formular queixas ao diretor do estabelecimento, à autoridade judiciária ou outra competente.

CAPÍTULO XI DO CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR

Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas.

§ 1º. A correspondência do preso analfabeto pode ser, a seu pedido, lida e escrita por servidor ou alguém por ele indicado;

§ 2º. O uso dos serviços de telecomunicações poderá ser autorizado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Art. 34. Em caso de perigo para a ordem ou para segurança do estabelecimento prisional, a autoridade competente poderá restringir a correspondência dos presos, respeitados seus direitos.

Parágrafo Único – A restrição referida no "caput" deste artigo cessará imediatamente, restabelecida a normalidade.

Art. 35. O preso terá acesso a informações periódicas através dos meios de comunicação social, autorizado pela administração do estabelecimento.

Art. 36. A visita ao preso do cônjuge, companheiro, família, parentes e amigos, deverá observar a fixação dos dias e horários próprios.

Parágrafo Único 0- Deverá existir instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

Art. 37. Deve-se estimular a manutenção e o melhoramento das relações entre o preso e sua família.

CAPÍTULO XII DAS INSTRUÇÕES E ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL

Art. 38. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso.

Art. 39. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação e de aperfeiçoamento técnico.

Art. 40. A instrução primária será obrigatoriamente ofertada a todos os presos que não a possuam.

Parágrafo Único – Cursos de alfabetização serão obrigatórios para os analfabetos.

Art. 41. Os estabelecimentos prisionais contarão com biblioteca organizada com livros de conteúdo informativo, educativo e recreativo, adequados à formação cultural, profissional e espiritual do preso.

Art. 42. Deverá ser permitido ao preso participar de curso por correspondência, rádio ou televisão, sem prejuízo da disciplina e da segurança do estabelecimento.

CAPÍTULO XIII DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA E MORAL

Art. 43. A Assistência religiosa, com liberdade de culto, será permitida ao preso bem como a participação nos serviços organizado no estabelecimento prisional.

Parágrafo Único – Deverá ser facilitada, nos estabelecimentos prisionais, a presença de representante religioso, com autorização para organizar serviços litúrgicos e fazer visita pastoral a adeptos de sua religião.

CAPÍTULO XIV DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Art. 44. Todo preso tem direito a ser assistido por advogado.

§ 1º. As visitas de advogado serão em local reservado respeitado o direito à sua privacidade;

§ 2º. Ao preso pobre o Estado deverá proporcionar assistência gratuita e permanente.

CAPÍTULO XV DOS DEPÓSITOS DE OBJETOS PESSOAIS

Art. 45. Quando do ingresso do preso no estabelecimento prisional, serão guardados, em lugar escuro, o dinheiro, os objetos de valor, roupas e outras peças de uso que lhe pertençam e que o regulamento não autorize a ter consigo.

§ 1º. Todos os objetos serão inventariados e tomadas medidas necessárias para sua conservação;

§ 2º. Tais bens serão devolvidos ao preso no momento de sua transferência ou liberação.

CAPÍTULO XVI DAS NOTIFICAÇÕES

Art. 46. Em casos de falecimento, de doença, acidente grave ou de transferência do preso para outro estabelecimento, o diretor informará imediatamente ao cônjuge, se for o caso, a parente próximo ou a pessoa previamente designada.

§ 1º. O preso será informado, imediatamente, do falecimento ou de doença grave de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, devendo ser permitida a visita a estes sob custódia.

§ 2º. O preso terá direito de comunicar, imediatamente, à sua família, sua prisão ou sua transferência para outro estabelecimento.

CAPÍTULO XVII DA PRESERVAÇÃO DA VIDA PRIVADA E DA IMAGEM

Art. 47. O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem

Parágrafo Único – A autoridade responsável pela custódia do preso providenciará, tanto quanto consinta a lei, para que informações sobre a vida privada e a intimidade do preso sejam mantidas em sigilo, especialmente aquelas que não tenham relação com sua prisão.

Art. 48. Em caso de deslocamento do preso, por qualquer motivo, deve-se evitar sua exposição ao público, assim como resguardá-lo de insultos e da curiosidade geral.

CAPÍTULO XVIII DO PESSOAL PENITENCIÁRIO

Art. 49. A seleção do pessoal administrativo, técnico, de vigilância e custódia, atenderá à vocação, à preparação profissional e à formação profissional dos candidatos através de escolas penitenciárias.

Art. 50. O servidor penitenciário deverá cumprir suas funções, de maneira que inspire respeito e exerça influência benéfica ao preso.

Art. 51. Recomenda-se que o diretor do estabelecimento prisional seja devidamente qualificado para a função pelo seu caráter, integridade moral, capacidade administrativa e formação profissional adequada.

Art. 52. No estabelecimento prisional para a mulher, o responsável pela vigilância e custódia será do sexo feminino.

TÍTULO II REGRAS APLICÁVEIS A CATEGORIAS ESPECIAIS

CAPÍTULO XIX DOS CONDENADOS

Art. 53. A classificação tem por finalidade:

I – separar os presos que, em razão de sua conduta e antecedentes penais e penitenciários, possam exercer influência nociva sobre os demais.

II – dividir os presos em grupos para orientar sua reinserção social;

Art. 54. Tão logo o condenado ingresse no estabelecimento prisional, deverá ser realizado exame de sua personalidade, estabelecendo-se programa de tratamento específico, com o propósito de promover a individualização da pena.

CAPÍTULO XX DAS RECOMPENSAS

Art. 55. Em cada estabelecimento prisional será instituído um sistema de recompensas, conforme os diferentes grupos de presos e os diferentes métodos de tratamento, a fim

de motivar a boa conduta, desenvolver o sentido de responsabilidade, promover o interesse e a cooperação dos presos.

CAPÍTULO XXI DO TRABALHO

Art. 56. Quanto ao trabalho:

I - o trabalho não deverá ter caráter aflitivo;

II – ao condenado será garantido trabalho remunerado conforme sua aptidão e condição pessoal, respeitada a determinação médica;

III – será proporcionado ao condenado trabalho educativo e produtivo;

IV – devem ser consideradas as necessidades futuras do condenado, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho;

V – nos estabelecimentos prisionais devem ser tomadas as mesmas precauções prescritas para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores livres;

VI – serão tomadas medidas para indenizar os presos por acidentes de trabalho e doenças profissionais, em condições semelhantes às que a lei dispõe para os trabalhadores livres;

VII – a lei ou regulamento fixará a jornada de trabalho diária e semanal para os condenados, observada a destinação de tempo para lazer, descanso. Educação e outras atividades que se exigem como parte do tratamento e com vistas a reinserção social;

VIII – a remuneração aos condenados deverá possibilitar a indenização pelos danos causados pelo crime, aquisição de objetos de uso pessoal, ajuda à família, constituição de pecúlio que lhe será entregue quando colocado em liberdade.

CAPÍTULO XXII DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AJUDA PÓS-PENITENCIÁRIA

Art. 57. O futuro do preso, após o cumprimento da pena, será sempre levado em conta. Deve-se anima-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim como sua própria readaptação social.

Art. 58. Os órgãos oficiais, ou não, de apoio ao egresso devem:

I – proporcionar-lhe os documentos necessários, bem como, alimentação, vestuário e alojamento no período imediato à sua liberação, fornecendo-lhe, inclusive, ajuda de custo para transporte local;

II – ajudá-lo a reintegrar-se à vida em liberdade, em especial, contribuindo para sua colocação no mercado de trabalho.

CAPÍTULO XXIII DO DOENTE MENTAL

Art. 59. O doente mental deverá ser custodiado em estabelecimento apropriado, não devendo permanecer em estabelecimento prisional além do tempo necessário para sua transferência.

Art. 60. Serão tomadas providências, para que o egresso continue tratamento psiquiátrico, quando necessário.

CAPÍTULO XXIV DO PRESO PROVISÓRIO

Art. 61. Ao preso provisório será assegurado regime especial em que se observará:

I – separação dos presos condenados;

II – cela individual, preferencialmente;

III – opção por alimentar-se às suas expensas;

IV – utilização de pertences pessoais;

V – uso da própria roupa ou, quando for o caso, de uniforme diferenciado daquele utilizado por preso condenado;

VI – oferecimento de oportunidade de trabalho;

VII – visita e atendimento do seu médico ou dentista.

CAPÍTULO XXV DO PRESO POR PRISÃO CIVIL

Art. 62. Nos casos de prisão de natureza civil, o preso deverá permanecer em recinto separado dos demais, aplicando-se, no que couber, . As normas destinadas aos presos provisórios.

CAPÍTULO XXVI DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 63. São assegurados os direitos políticos ao preso que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado.

CAPÍTULO XXVII
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 64. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária adotará as providências essenciais ou complementares para cumprimento das regras Mínimas estabelecidas nesta resolução, em todas as Unidades Federativas.

Art. 65. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Edmundo Oliveira
Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

HERMES VILCHEZ GUERREIRO
Conselheiro Relator

ANEXO III**DECISÃO PROFERIDA PELA 2ª TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HÁBEAS CORPUS 88.914-0 DE SÃO PAULO.3**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (RELATOR): 1. Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de MÁRCIO FERNANDES DE SOUZA, contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que lhe indeferiu idêntico pedido de writ.

O paciente foi processado, perante a 30ª Vara Criminal do Foro Central da comarca da Capital/SP, pela prática dos delitos previstos no art. 159, caput, 157, § 2º, incs. I e II, e 329, todos do Código Penal, tendo sido absolvido desta última imputação, mas condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, para cumprimento integral em regime fechado, pelo delito de extorsão mediante seqüestro, e execução inicial em regime fechado, quanto aos dois roubos.

Colhido em flagrante delito, respondeu preso ao processo. Sem que fosse citado, nem sequer requisitado, em tempo razoável, para preparar a autodefesa, foi apresentado, no dia 04 de outubro de 2002, para ser interrogado na sala de teleaudiência do Centro de Detenção Provisória Chácara Belém I, onde estava recolhido (fls. 25). Lá, “teve acesso a canal de áudio para comunicação com seu advogado na sala de audiências do juízo, se lá presente, sem prejuízo de entrevista com o (a) que lhe assiste neste presídio” (fls. 25).

Consta que, “preliminarmente, o (a) MM. Juiz(a) de Direito deliberou a realização da audiência pelo sistema de teleaudiência. Na sala de audiências do Juízo há equipamento eletrônico para realização de atos processuais orais por esse sistema, estando o réu em sala semelhante no presídio em que recolhido, assistido por advogado. Consiste ele na viabilidade técnica para realização de audiência a distância, garantidas a visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu Defensor e facultada a gravação em ‘compact disc’, a ser anexado aos autos para consulta posterior (se disponível o equipamento). Na sala especial do estabelecimento prisional referido foi(ram) apresentado(a,s) réu(ré, s) MARCIO FERNANDES DE SOUZA, com imagem, escuta e canal de áudio reservado à sua disposição para comunicar-se com seu Defensor(es), assistido pelo(a) advogado(a) da FUNAP, para garantia da livre manifestação de vontade do interrogando, conforme registro lá efetuado e remetido ao Juízo por meio eletrônico. O(a) advogado(a) presente assina também este termo como fiscalizador da fidelidade do registro do interrogatório” (fls. 26).

Dessa explicação do mecanismo adotado não constaram as razões de sua adoção.

Porque o paciente respondeu que não tinha condições para constituir defensor, o magistrado nomeou, para defendê-lo, “os Drs. Defensores da PAJ, em exercício nesta Vara, que funcionarão como curadores, tendo em vista ser o réu menor de idade” (fls. 27).

O procurador, todavia, não participou do ato, tendo funcionado como advogado ad hoc o Dr. João Baptista da Rocha Croce Júnior (fls. 27). Já por ocasião da defesa prévia, o Procurador do Estado nomeado pugnou pela nulidade do interrogatório realizado por teleaudiência (fls. 30), requerendo fosse o paciente novamente interrogado, agora na presença do magistrado.

O pedido foi indeferido (fls. 31-36), tendo o juízo sustentado a legalidade do ato, sob argumento de que “o modelo não fere as leis processuais e garantias das partes” (fls. 32), porque “o sistema não altera o procedimento processual penal, porque realizado no curso de devido processo penal previsto na Constituição da República e nas leis processuais penais (não cria procedimento, pois os atos

processuais realizados estão previstos no Código de Processo Penal)” (fls. 32); “a presença do réu em Juízo é garantida, como, aliás, prevista na lei, observada, apenas, a evolução tecnológica” (fls. 33), e, “ao argumento de ser fundamental a presença física do réu perante o Juiz para análise das reações durante o interrogatório, a objeção se faz por cuidar-se de posicionamento conservador, alheio à evolução tecnológica da sociedade em melhorar a eficácia na realização de importante serviço público: prestação jurisdicional” (fls. 34).

Ao fim, foi o paciente condenado, mas a defesa apelou da sentença e, em preliminar, argüiu a nulidade do feito, em razão da realização do interrogatório por videoconferência. O extinto Tribunal de Alçada Criminal, todavia, afastou a preliminar (fls. 51-66). Transcrevo, a respeito, parte do voto do Des. FERRAZ DE ARRUDA, relator do recurso:

“A preliminar: interrogatório por meio eletrônico audiovisual é ilegal?

O interrogatório é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como meio de defesa e de prova, significando dizer que enquanto meio de defesa caracteriza-se como as alegações do réu que possam excluir o crime ou afastar a autoria e funcionar como elemento para a minoração da pena; enquanto meio de prova funciona como comprovação do fato, mas sempre contra o réu, como por exemplo, confissão, contradições, respostas evasivas ou duvidosas.

Note-se, portanto, que o eventual álibi apresentado pelo réu em seu interrogatório é apenas elemento de defesa e não prova, porquanto (sic) a prova do álibi deverá ser feita no correr da instrução, ou seja, o réu deverá comprovar o álibi alegado.

No que tange à prova, é manifesto que o interrogatório servirá apenas como prova, ainda sim relativa, quando o réu prestar declarações que o incriminam.

Nesse passo, é de se reconhecer que o interrogatório é uma peça, enquanto elemento de prova, muito mais útil à acusação do que ao réu, já que as alegações de defesa deveriam ser comprovadas no correr da instrução.

O argumento de que contato direto do juiz com o réu é necessário porque aquele pode aquilatar o caráter, a índole e os sentimentos para efeito de alcançar a compreensão da personalidade do réu, para mim, é pura balela ideológica.

Em vinte anos de carreira não li e nem decidi um processo fundado em impressões subjetivas minhas, extraídas do interrogatório ou depoimento pessoal do réu. Mesmo porque a capacidade humana de forjar, de dissimular, de manipular o espírito alheio é surpreendente, de tal sorte que é pura e vã filosofia que de um único interrogatório judicial se possa extrair alguma conclusão segura sobre a índole e personalidade do réu. Aliás, nem um experiente psiquiatra forense conseguiria tal feito, ainda mais quando o juiz é obrigado a seguir as formalidades do artigo 188 e incisos, do Código de Processo Penal.

Vamos dar dois exemplos:

1º) O juiz condena o réu porque sentiu um certo cinismo de sua parte ao lhe responder as perguntas, inclusive por trazer sempre presente, no canto esquerdo da boca, um leve sorriso (sic) irônico. O juiz pode colocar este seu sentir subjetivo na sentença como elemento de prova contra o réu?

2º) O juiz absolve o réu porque este se mostrou choroso e sorumbático no interrogatório. O juiz pode se fundamentar nessas impressões pessoais para absolver o réu ou concluir qualquer outra coisa em favor deste?

Por outro lado, o juiz experiente e atento, quando do interrogatório do réu, o coloca sempre de costas para o advogado e para o promotor de justiça de modo a evitar qualquer interferência ou pressão por parte destes profissionais.

Ora, o interrogatório do réu é importante no processo penal, mas não é elemento indispensável porque senão não teríamos o julgamento à revelia. Além do mais, ele pode ser repetido a qualquer tempo no processo.

O último argumento contra o interrogatório por vídeo-conferência seria a possibilidade de o réu se sujeitar a eventual pressão externa. Essa pressão pode ser feita ainda que na presença do juiz, por meio de uma antecedente ameaça. O que não se pode deixar de considerar é a diferença entre o ato do interrogatório e o meio pelo qual o mesmo se realiza.

É evidente que o meio televisivo do interrogatório não serviria ao fim processual se o mesmo fosse inidôneo em termos de segurança do réu. Ele é meio inidôneo? É claro que não. Pelo contrário, é muito mais favorável ao réu do que ao próprio ato de transcrição das suas respostas no auto do interrogatório. Quem garante que a escrevente transcreveu exatamente o que o réu respondeu? Não nos percamos em inutilidades ideológicas como esta sob o falso e hipócrita argumento de que o réu tem de ser interrogado vis a vis com o juiz.

Eu poderia escrever neste voto mil e uma inseguranças a respeito de um julgamento feito através do processo escrito, ou oral, tanto faz, até o ponto de demonstrar a impossibilidade filosófica de se punir alguém por alguma coisa que tenha feito contra a lei: portanto, é tempo de dizer para esses pseudo-intelectuais, heróis contemporâneos da ideologização de tudo, que se continuarem a insistir nessas teses incorpóreas, doces e nefelibatas, teremos que simplesmente fechar a justiça forense.

O sistema de teleaudiência utilizado no interrogatório do réu deve ser aceito à medida que foram garantidas visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu defensor e facultada, ainda, a gravação em Compact Disc, que foi posteriormente anexado aos autos para eventual consulta. Afinal, o réu teve condições de dialogar com o julgador, o qual podia ser visto e ouvido, além de poder conversar com seu defensor em canal de áudio reservado, tudo isso assistido por advogado da Funap.

O meio eletrônico utilizado vem em benefício do próprio réu à medida que agiliza o procedimento. O contato com as pessoas presentes ao ato (Juiz, Promotor, Advogado, depoentes, etc.) se dá em tempo real de modo que se pode perfeitamente aferir as reações e expressões faciais dos envolvidos.

Ademais, nulidades só devem ser decretadas quando vislumbrado prejuízo, independentemente de haver sido utilizado meio eletrônico ou não para a consecução do ato processual. No caso em tela, não houve comprovação de efetivo prejuízo à atividade defensiva, motivo pelo qual eventual invalidação do interrogatório não possuiria justificativa" (fls. 53-59).

Diante do acórdão, foi impetrado habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, nos termos desta síntese:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO NÃO DEMOSTRADO.

O interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários.

Para que seja declarada nulidade do ato, mister a demonstração do prejuízo nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

Ordem DENEGADA" (fls. 79).

Alega agora a impetrante que é manifesto o prejuízo decorrente do interrogatório realizado por teleconferência (fls. 04): "o prejuízo advindo ao paciente é mais do que evidente: foi colhido de surpresa para o ato de autodefesa, sem prévio contato e orientação do defensor nomeado para defendê-lo em seu processo judicial, sem nenhum contato com os autos, enfim, viu-se transformado de sujeito em mero objeto do processo" (fls. 05). Ademais, o paciente não pode entrevistar-se com o defensor, como lhe garante o art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.906/94. Invoca violação ao direito de presença, corolário da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, e requer seja reconhecida a nulidade do processo a partir do interrogatório.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

“1.O tema versado na presente pretensão liberatória, titulada pela Procuradoria da Assistência Judiciária diz com a ilegalidade no mecanismo de interrogatório judicial do réu por videoconferência.

2. Questiona-se, assim, julgado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça [...].

3. Toda a questão radica em saber-se se a presença física do acusado, ante o magistrado, insere-se no princípio da ampla defesa.

4. Creio bem pontuada a controvérsia no seguinte trecho do voto do Il. Min. Paulo Medina, verbis:

‘Ressalte-se ainda que embora o impetrante insurja contra o meio pelo qual o interrogatório foi realizado – videoconferência – o ato processual em si, apresenta-se conforme as normas do processo.

O interrogatório ocorreu da seguinte forma:

De início reservou-se o direito ao acusado de entrevistar-se com Defensor. Logo após, o Magistrado deu início à primeira fase do interrogatório, qual seja, qualificação do réu.

Superada esta fase, e antes de perquirir os fatos imputados ao acusado, foi observado o direito de permanecer em silêncio.

O acusado, ora paciente, negou a autoria do delito, deu sua versão aos fatos e não há nos autos qualquer notícia de constrangimento sofrido por ocasião daquele ato (fls. 13-17/STJ).

Com isso, o juiz da causa oportunizou o direito de autodefesa, exercido em sua amplitude, inclusive com auxílio de Defesa Técnica.

Por fim, considerando que a finalidade do ato foi atingida, não há nulidade a declarar, de modo a preservar o tele-interrogatório.

Portanto, inexistente nulidade no interrogatório vez que observados o princípio do devido processo legal e seus consectários e por não ter o paciente demonstrado o prejuízo.’ (vide: fls. 77).

5. Realmente, o Termo de Interrogatório do acusado, consignando a presença de dois defensores da própria Procuradoria de Assistência Judiciária, ora impetrante, estampa declarações do acusado, plenamente refutando a descrição dos fatos como apresentada na denúncia.

6. O interrogatório, realizou-o o acusado em sala especial do presídio, quando recebeu, de imediato, a via original de suas declarações (fls. 29).

7. Anotou, ainda, o MM. Julgador a quo, que, verbis:

2 – Sem vício o ato realizado pelo sistema de ‘teleaudiência’.

Com efeito, o modelo não fere as leis processuais e garantias das partes. O sistema não altera o procedimento processual penal, porque realizado no curso do devido processo penal previsto na Constituição da República e nas leis processuais (não cria procedimento, pois os atos processuais realizados estão previstos no Código de Processo Penal). O réu preso é apresentado pelo Juiz de Direito que preside o processo penal contra ele instaurado. Existe o contato direto entre réu e Juiz; réu e advogado; réu e Promotor de Justiça; réu e depoentes, etc., em tempo real e por meio eletrônico, viabilizada a percepção das reações dos envolvidos no ato. Ao contrário do sistema atual, poderão os julgadores das instâncias superiores também observá-lo via ‘cd rom’. Há canal exclusivo de áudio para conversar entre réu e defensor, no interesse da defesa – na 30ª Vara Criminal foi instalado um aparelho a mais, no gabinete, para maior reserva no contato.

Mister lembrar a importância do direito à defesa consagrado ao réu no processo. Em seu interrogatório, vê o Juiz, dialoga e tem oportunidade de exercer seu primeiro ato de defesa no processo. Fundamental que seja registrada sua versão, com detalhe, para a fixação dos eventuais pontos controvertidos da causa penal. Na audiência de instrução, acompanha a

realização do ato juntamente com seu defensor, facultada a comunicação – note-se que, na hipótese do art. 217 do Código de Processo Penal, o defensor poderá consultá-lo ‘on-line’, ao contrário do que ocorre no sistema processual, caracterizando relevante o avanço jurídico.

Não há violação de qualquer princípio de tratado internacional recepcionado pelo Brasil. A presença do réu em Juízo é garantida, como, aliás, prevista na lei, observada, apenas, a evolução tecnológica. Não violado, assim, o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1.969, introduzida a sua eficácia jurídica no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1.992 (cfr. Art. 8º – garantias judiciais). Como se pode verificar, o pacto foi assinado muito tempo antes da introdução das modernas tecnologias dos meios de comunicação. Sem violação a seus preceitos, possível a utilização do sistema de teleaudiência, em face do crescimento da população paulista – e mundial – e necessidade de aprimoramento dos serviços públicos, especialmente judiciários.’ (fls. 32/33, grifei).

8. Realmente, se preservada está a comunicação reservada a qualquer tempo no transcorrer do ato processual, entre o réu e seu defensor, por canal exclusivo de áudio, e se todos, juiz, acusador, acusado e seu defensor, interagem, ‘em tempo real’, pelo sistema eletrônico de visualização, nenhuma garantia constitucional fica comprometida.

9. Há o uso de simples mecanismo tecnológico que, insisto, preservadas todas as situações retro apresentadas, por certo não macula o ato processual analisado.

10. Fosse o réu impedido de reservadamente articular-se com seu defensor; impedido também de, a qualquer tempo, reservadamente consultar seu defensor; ausentar-se o juiz da audiência, entregando-a ao alvedrio das partes e, agora sim, ter-se-ia o vício insanável.

11. No caso, como exposto, nada disso aconteceu.

12. Pelo indeferimento do solicitado” (fls. 89-95).

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. A questão central desta impetração diz com a legalidade de interrogatório realizado mediante videoconferência. E, nos termos em que o foi, destituído de suporte legal, é deveras nulo o ato, porque insultuoso a garantias elementares do justo processo da lei (due process of law).

2. A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, enquanto cláusulas do devido processo legal.

Classificação corrente da dogmática processual penal discerne modos de defesa segundo o sujeito que a exerça. Assim, se exercida pela pessoa mesma acusada na persecução penal, tem-se autodefesa, ou defesa privada. Se aviada por profissional habilitado, com capacidade postulatória, cuida-se de defesa técnica, ou defesa pública.

Para atender-lhe à exigência constitucional de amplitude, a defesa deve poder exercitar-se na conjugação da autodefesa e da defesa técnica. Autodefesa e defesa técnica, enquanto poderes processuais, hão de ser garantidas em conjunto, “em relação de diversidade e complementaridade”.

E, em essência, a autodefesa consubstancia-se nos direitos de audiência e de presença ou participação:

“Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo

momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas”.

Também chamada de defesa material ou genérica, a autodefesa é exercida mediante atuação pessoal do acusado, sobretudo no ato do interrogatório, quando oferece ele sua versão sobre os fatos ou invoca o direito ao silêncio, ou, ainda, quando, por si próprio, solicita a produção de provas, traz meios de convicção, requer participação em diligências e acompanha os atos de instrução.

O direito de ser ouvido pelo magistrado que o julgará constitui consequência linear do direito à informação acerca da acusação. Concretiza-se no interrogatório, que é, por excelência, o momento em que o acusado exerce a autodefesa, e, como tal, é ato que, governado pelo chamado princípio da presunção de inocência, objeto do art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, permite ao acusado refutar a denúncia e declinar argumentos que lhe justifiquem a ação.

É preciso, pois, conceber e tratar o interrogatório como meio de defesa, e não, em aberto retrocesso histórico, como resíduo inquisitorial ou mera técnica de se obter confissão. Encarado como atividade defensiva, em que pode o acusado demonstrar sua inocência, perdeu toda legitimidade a absurda idéia de que o interrogatório consistiria numa série de perguntas destinadas apenas à admissão da autoria criminosa, tal como era visto e usado nos processos inquisitórios.

3. O devido processo legal, garantido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce, em regra, da observância das leis processuais penais.

“Os atos processuais ostentam a forma que a lei lhes dá”, já advertia PITOMBO, tocando à legislação definir o tempo e o lugar em que se realizam. Por isso, não posso concordar com o argumento singelo de que o interrogatório por videoconferência não lesionaria o devido processo legal, porque não cria procedimento, na medida em que o ato processual em si – o interrogatório – está previsto no Código de Processo Penal.

Este diploma legal não apenas prevê tal ato, mas também regula o tempo e o lugar onde se realizam todos os atos processuais e, por óbvio, dentre eles, o interrogatório: no art. 792, caput, determina que as audiências, sessões e os atos processuais, de regra, se realizem na sede do juízo ou no tribunal, prédio público onde atua o órgão jurisdicional.

A realização de audiências, sessões e outros atos processuais, fora dos lugares aí indicados, pode, nos termos do § 2º do art. 792 do mesmo Código, dar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada, mas apenas em caso de necessidade. Não pode trespassar-se tão expressa referência legal à hipótese de necessidade. Para isso, “emerge preciso, pois, suceda grave óbice à prática de ato processual, na sede do juízo ou tribunal”.

O Código de Processo Penal admite, ainda, no art. 403, 2ª parte, que, no caso de acusado enfermo, o interrogatório seja realizado no local onde se encontre.

Ora, nenhuma das exceções ocorreu aqui. Concedendo-se, *ad argumentandum*, fosse a prática legal, amparada de validade no ordenamento jurídico em vigor, a suposição em nada aproveitaria ao caso, pois o magistrado limitou-se a decidir pelo interrogatório mediante videoconferência, sem nenhuma fundamentação, nem explicação.

Não era lícita, porém, como ainda o não é, realização de interrogatório por esse meio:

“Não desponta possível, ao menos por enquanto, aceitar que o mencionado ato do procedimento suceda em dois lugares – Vara Criminal e carceragem –, no mesmo instante processual, sem que ocorra necessidade imperiosa; e, do mesmo modo, se reconheça o estabelecimento prisional, como ‘casa’, no sentido da lei”.

4. Não fujo à realidade para reconhecer que, por política criminal, diversos países – Itália, França, Espanha, só para citar alguns – adotam o uso da videoconferência – sistema de comunicação interativo que transmite simultaneamente imagem, som e dados, em tempo real, permitindo que um mesmo ato seja realizado em lugares distintos – na praxis judicial. É certo, todavia, que, aí, o uso desse meio é previsto em lei, segundo circunstâncias limitadas e decisão devidamente fundamentada, em cujas razões não entra a comodidade do juízo. Ainda assim, o uso da videoconferência é considerado “mal necessário”, devendo empregado com extrema cautela e rigorosa análise dos requisitos legais que o autorizam.

Não é o que se passa aqui.

Não existe, em nosso ordenamento, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto.

5. O Projeto de Lei nº 5.073/2001, que, aprovado, se transformou na Lei nº 10.792/2003, recebeu emendas no Senado Federal, entre as quais a que possibilitava interrogatório por videoconferência, nestes termos:

Art. 185. O acusado que comparecer perante autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

[...]

§ 3º. Os interrogatórios e as audiências judiciais poderão ser realizados por meio de presença virtual em tempo real, sempre que haja motivo devidamente fundamentado pelo juiz acerca de segurança pública, manutenção da ordem pública, ou garantia da aplicação da lei penal e instrução criminal, e desde que sejam assegurados canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que permanecer no presídio e os advogados presentes nas salas de audiência dos Fóruns, e entre estes e o preso.

§ 4º. Nos presídios, as salas reservadas para esses atos serão fiscalizadas por oficial de justiça, funcionários do Ministério Público e advogado designado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 5º. Em qualquer caso, antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista ao acusado com seu defensor”.

Tal emenda foi, porém, rejeitada, de modo que suas proposições não entraram na ordem jurídica vigente. E, muita embora o país seja signatário da Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, tendo editado o Decreto nº 5.015/2004, que prevê o uso da videoconferência (art. 18, n. 18, e art. 24, n. 2, b), até hoje não disciplinou matéria, como o exigem a mesma previsão genérica e a reverência às garantias constitucionais da defesa.

É bom lembrar, ainda, que, instituída comissão para preparar sugestões sobre a realização de interrogatório on-line de presos considerados perigosos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária lhe rejeitou a prática, ao editar a Resolução nº 05, de 30 de novembro de 2002.

6. Lei vigente, estatui o art. 185, caput, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 10.792/2003, que “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

No § 1º, estabelece que “o interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal”.

Ainda que preso, deve, pois, o acusado comparecer perante a autoridade judiciária, seu juiz natural, para ser interrogado.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, prescreve, ademais, no art. 7º, n. 5, que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. No mesmo sentido dispõe o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Clara, portanto, a opção legislativa: na impossibilidade de o réu preso ser conduzido ao fórum, por razões de segurança, é o magistrado quem deve deslocar-se até ao local onde aquele se encontra, para o interrogar.

7. O interrogatório é ato processual subjetivamente complexo. Dele participam acusado, defensor (art. 185, caput e § 2º, do Código de Processo Penal), intérprete, se seja o caso (arts. 192, § único, e 193 do Código de Processo Penal), acusador (art. 188 do Código de Processo Penal) e juiz.

Ora, não há como nem por onde atender a essas formalidades legais, necessárias à regularidade do interrogatório, quando seja este realizado à distância, em dois lugares simultaneamente. Não se sabe onde devem estar defensor e intérprete, se junto ao juiz ou ao lado do réu.

Afinal, “se o defensor achar-se no estabelecimento prisional, não poderá consultar os autos do processo, obstando a que, séria e profissionalmente, oriente o increpado, antes do interrogatório”.

Ademais, no caso dos autos, o ora paciente não foi sequer citado, como o impõe o art. 360 do Código de Processo Penal, nem tampouco requisitado, mas apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no mesmo dia em que o interrogatório se realizou.

8. Ansioso, aguarda o acusado o momento de estar perante seu juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da Constituição da República).

Aguardam ambos: o acusado solto e o acusado preso. Razão alguma de economia, ou de instrumentalidade, apóia tratamento não-igualitário, afrontoso ao art. 5º, caput, da Constituição da República.

Se o acusado, que responde ao processo em liberdade, comparece perante o juiz para ser interrogado, a fortiori deve comparecer o réu que se ache preso sob guarda e responsabilidade do Estado e, como tal, despido da liberdade de locomoção. Está nisso, aliás, a origem do *habeas corpus*, palavras iniciais de fórmula de mandado que significam tome o corpo (do detido para o submeter, com o caso, ao tribunal) : no reconhecimento da necessidade de apresentação do réu preso ao juiz que o julgará.

Assim, “não faz sentido que a comunicação entre a suposta vítima de prisão arbitrária e o juiz se dê justamente no local em que tal ilegalidade está ocorrendo, sem as garantias mínimas necessárias para que a pessoa possa levar ao conhecimento judicial fatos que afrontam a legalidade e requerem sua intervenção. Como resta claro, o sistema internacional de direitos humanos elegeu o juiz como garante do Estado Democrático de Direito, colocando-o em posição privilegiada e dotando-o de poder-dever de fiscalizar a legalidade de toda detenção. Disso decorre que a apresentação física do detido é a única forma capaz de permitir ao juiz que verifique as reais causas da detenção e o modo pela qual esta vem sendo exercida, fazendo-a cessar imediatamente, se necessário”.

Mas “o interrogatório que, para o acusado, se faz em estabelecimento prisional, não acontece com total liberdade. Ele jamais terá suficiente serenidade e segurança, ao se ver interrogar na carceragem – ou outro lugar, na Cadeia Pública. Estará muito próximo ao carcereiro, ao ‘chefe de raio’, ao ‘xerife de cela’, ao co-imputado preso, que, contingentemente, deseje delatar. O interrogado poderá, também, ser um ‘amarelo’; ou se ter desentendido com alguma quadrilha interna e, assim, perdido a paz, no cárcere. Em tal passo, o primeiro instante do exercício do direito de defesa, no processo, ou autodefesa torna-se reduzida. O inculcado não será, pois, ouvido, de forma plena (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República)”.

Tanto não é raro que a comunicação livre, entre acusado e defensor, seja perturbada ou tolhida, que a Lei nº 4.878/65, dispondo sobre o regime jurídico dos policiais federais, reputa, no art. 43, inc. LVI, transgressão disciplinar “impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado”.

Como ato típico de defesa, entranhado de importância probatória e força simbólica, o interrogatório precisa ser espontâneo, garantido contra toda forma de coação ou tortura, física ou psicológica.

Reclama, ainda, se permita ao acusado provar o que afirme em defesa, mediante indicação de elementos de prova e requerimento de diligências pertinentes, nos termos do art. 189 do Código de Processo Penal.

9. Em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse, até porque a expressão “conduzida perante” “não contempla a possibilidade de interrogatório on-line”.

“Processo, por definição, é atividade que se realiza em contraditório, ou seja, com a participação dos interessados no provimento final (Fazzalari). Por isso, não há como falar em processo penal sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos atos processuais, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes.

Daí ser inviável, a menos que se considere o processo como simples encenação ou formalidade, a ouvida do preso como acusado, ou mesmo como testemunha em outro processo, sem que o mesmo esteja fisicamente presente ao ato processual correspondente. Por mais sofisticados que sejam os meios eletrônicos, somente a presença efetiva da audiência pode assegurar a comunicação entre os sujeitos processuais. Basta lembrar que até mesmo para aferir a sinceridade ou falsidade de uma declaração conta muito a percepção direta e imediata das reações do réu ou da testemunha”.

10. Em favor da adoção do interrogatório por videoconferência, invocam-se, sobretudo, a celeridade, a redução de custos e a segurança que adviriam de sua prática.

Sua adoção aceleraria o trâmite procedimental, porque “não será mister marcar o interrogatório para data distante, pois, conforme é notório, ao se designar o ato, deve-se levar em conta o tempo necessário da tramitação da requisição do réu às autoridades prisionais, a fim de que estas possam viabilizar seu comparecimento, na data aprazada”. Haveria “significativa economia com gasto de combustíveis e manutenção de viaturas”.

A segurança pública aumentaria em razão da “desnecessidade de movimentação de réus presos pelas ruas. Minimiza-se, à evidência, a possibilidade dos ‘resgates’ em hipóteses tais, cujo risco à população é evidente, frente à violência que, ordinariamente, envolve tais episódios. Em adendo à vantagem acima, considere-se a viabilidade de transferir, imediatamente, centenas de policiais, que fariam as escoltas dos acusados, para policiamento ostensivo das ruas, otimizando e maximizando a vigilância”.

Argumenta-se, assim, com dificuldades de transporte e com o fato de a apresentação do preso retardar o ato em dano de sua própria libertação mais expedita; eliminar-se-iam riscos para o preso e para a sociedade, gastos com combustível e escolta, e o preso não interromperia sua rotina – de que? – no presídio.

É natural que, quando se tenta impor mudança tão substantiva, aflore a tendência de se lhe realçar os benefícios e diminuir o alcance das perdas, que decerto não são poucas nem inexpressivas, e das quais a mais significativa está no esvaziamento ou debilitação do substrato humano do sistema penal, por conta de uma visão econômica e instrumental do processo que é absolutamente cega a todos os custos doutra ordem.

11. Política criminal não é tarefa que caiba ao Poder Judiciário, cuja função específica “é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo, em suas falhas e omissões”.

E não posso deixar de advertir que, quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante.

O sistema eletrônico poderia ser usado sem disciplina específica, se não fora, o interrogatório, ato de tamanha importância à defesa, cuja plenitude é assegurada pela Constituição da República (art. 5º, inc. LV). A adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal, e, sem peias nem controle, o interrogatório por videoconferência aparece como outra cerimônia degradante do processo:

“Com efeito, as representações estereotipadas das audiências e a liturgia de certos procedimentos conduzem à alienação dos participantes e à perda de substância do próprio objeto que os reúne em torno de uma mesa ou de um balcão. E daí surge, inevitável, a triste conclusão de que ‘também o tribunal, surpreendido pela massificação da justiça, teve de sacrificar no altar da eficiência e de se converter à lógica da quantidade e à racionalidade burocrática”.

12. A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, “o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos inerentes ao ministério”.

E isso compreende observar a curial recomendação norte-americana de que cumpre aos juízes cuidarem de “*smell the fear*”, coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode alcançada nas relações entre presentes:

“Acrescentando-se a distância e a ‘aspepsia’ gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgar (sentenciar = sentenciando = sentire), combatendo o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, o interrogatório on-line é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa do avanço tecnológico)”.

Mais do que modo de ver e ouvir, o interrogatório é evento afetivo, no sentido radical da expressão. Assim como em sessão psicanalítica, é fundamental a presença física dos participantes em ambiente compartilhado. Duras críticas já foram, aliás, desferidas contra a possibilidade de realização de sessões psicanalíticas por telefone, e cuja adoção é também sustentada com base em razões de economia de tempo, de esforço e coisas que tais.

A comunicação não pode prescindir de tudo o que não é verbal mas acompanha o que é dissimulado por palavras. Quanto mais rica a relação “in vivo”, tanto mais eficaz o experimento. A percepção nascida da presença física não se compara à visual, dada a maior possibilidade de participação e o fato de aquela ser, ao menos potencialmente, muito mais ampla.

Tais observações podem bem ser transplantadas para o terreno crítico do processo penal, em razão do óbvio contato pessoal que deve mediar entre acusado e juiz:

“Sendo o interrogatório primordialmente um meio de defesa, não se pode admitir que seja possível tal forma de inquirição. Não importa o que o réu vai dizer ao julgador, se vai confessar ou não, se pretende invocar o direito de permanecer calado ou não, enfim, qualquer que seja a hipótese, ele (acusado) tem o direito de avistar-se com o magistrado. Que meio de defesa seria esse que não permite ao réu nem mesmo ver e ouvir, pessoalmente, o órgão jurisdicional que vai julgá-lo? Não importa que no processo penal não vige o princípio da identidade física do magistrado, pois o fato em jogo é a

possibilidade do acusado estar em contato com a pessoa de um juiz (e não do juiz). Ele pode querer fazer alguma denúncia de maus-tratos ou de tortura (fará essa acusação estando dentro da cadeia, sob a fiscalização das autoridades penitenciárias?); pode desejar sentir a posição do juiz para saber se vale a pena confessar ou não (algo que somente o contato humano pode avaliar); pode ter a opção de contar ao interrogante alguma pressão que sofreu ou esteja sofrendo para dizer algo que não deseja (de outro preso, por exemplo, pleiteando inclusive a mudança de cela ou de presídio), entre outras tantas hipóteses possíveis. Subtrair do réu essa possibilidade, colocando-o de um lado da linha telefônica, enquanto o juiz fica do outro, conectados por um computador, frio e distante, sem razão especial (a não ser comodidade), é ferir de morte os princípios do devido processo legal e da ampla defesa”.

“Assim, para o exercício de tal atividade, sobretudo em razão das inúmeras denúncias de desrespeito aos direitos humanos por parte de agentes da repressão em geral (policiais, agentes penitenciários), é fundamental que o juiz converse com a pessoa do réu e não com uma representação de quem está constrangido num presídio, do outro lado da linha. A prática, além de nada garantir quanto à liberdade de autodefesa que o preso exerce ao ser interrogado, impossibilita uma perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for caso de condenação. Mais que isto, em face do princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), o interrogatório há que ser feito na presença do defensor, que tem direito a intervir”.

13. A prática do interrogatório por meio de videoconferência viola, ademais, a publicidade que deve impregnar todos os atos do processo.

“Ao devido processo penal importa a ampla publicidade dos atos, exibindo-se a restrição qual excepcionalidade (arts. 5º, inc. LX e 93, inc. IX, da Constituição da República, e, ainda, art. 792, caput, do Código de Processo Penal). As exceções, agora apontadas na Lei Maior, são: defesa da intimidade, interesse social e interesse público. O interesse público limita-se ao ‘escândalo, inconveniente grave, ou perigo de perturbação da ordem’ (art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal).

A publicidade ativa, imediata, externa, ou direta permite que qualquer do povo presencie o ato processual, ou dele tome conhecimento. Às pessoas que assistem, a lei do processo denominou espectadores (art. 793, 1ª parte e 795, do Código de Processo Penal). À evidência, não se dará acesso à carceragem, para tais pessoas. Reduz-se a publicidade e sem amparo constitucional”.

14. Não vejo, em síntese, como, à luz da leitura constitucional do processo penal, absolver esse “garantismo à brasileira”, segundo a fina ironia de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, que, ao tratar da Lei paulista nº 11.819/2005, a qual, afetando respeitar as garantias constitucionais, pretendeu instituir o interrogatório mediante videoconferência, não a poupou: “a referência expressa à observância das proclamadas garantias constitucionais busca ocultar justamente a violação dessas mesmas garantias pelo método que a lei paulista quer adotar”.

“Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão”.

15. Eivado de nulidade, pois, o interrogatório do paciente, que, ainda sob a vigência do art. 185, na redação anterior à reforma de 2003, se realizou por teleaudiência, porque agride o direito de, no ato, estar o acusado perante o juiz. Esta Corte já proclamou que constitui direito do acusado, posto que preso, estar presente à realização de atos do procedimento penal:

“HABEAS CORPUS” – INSTRUÇÃO PROCESSUAL – RÉU PRESO – PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL – PLEITO RECUSADO – REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO – INADMISSIBILIDADE – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ – CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) – PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, ‘D’) E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, ‘D’ E ‘F’) – DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL – NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA – AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF – ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.

– O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “*due process of law*” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, ‘d’) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’).

– Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes” (HC nº 86.634, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 23.02.2007).

“DIREITO DO RÉU PRESO DE SER REQUISITADO E DE COMPARECER AO JUÍZO DEPRECADO PARA OS ATOS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – POLÊMICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO TEMA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL - CONCESSÃO DO ‘WRIT’ – O acusado – inobstante preso e sujeito à custódia do Estado – tem o direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente aqueles realizados na fase instrutória do processo penal condenatório. Incumbe ao

poder público requisitar o réu preso para presenciar, no juízo deprecado, a inquirição de testemunhas. Essa requisição do acusado preso, que objetiva garantir-lhe o comparecimento a instrução criminal, traduz consequência necessária dos princípios constitucionais que asseguram aos réus em geral, 'em caráter indisponível', o direito ao *'due process of law'* e, por via de consequência, ao contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a esta inerentes. São irrelevantes, nesse contexto, as alegações do poder público concernentes a dificuldade ou inconveniência de proceder a remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do país. Essas alegações, de mera conveniência administrativa, não tem - e nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a constituição. polemica doutrinária e jurisprudencial em torno desse tema. a posição (majoritária) da jurisprudência do supremo tribunal federal: ocorrência de nulidade meramente relativa. ressalva da posição pessoal do relator, para quem a violação desse direito implica nulidade absoluta do processo penal condenatório. a presença do acusado e a sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa. perspectiva global da função defensiva: a autodefesa da parte e a defesa técnica do advogado" (HC Nº 67.755, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 11.09.1992).

O prejuízo oriundo da supressão do interrogatório entre presentes é intuitivo, embora de demonstração impossível. Por ocasião da defesa prévia, o procurador nomeado já pugnou pela nulidade do interrogatório (art. 564, inc. III, e, c.c. art. 572 do Código de Processo Penal). E não há como saber se, diante da presença física do paciente no ato de interrogatório, se teria modificado o desfecho da causa.

A inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude. Até na Itália, onde se permite recurso à videoconferência, reconhece-se que sua prática fere o direito de defesa, porque *"l'effettiva, piena e sostanziale partecipazione dell'imputato al procedimento penale può realizzarsi esclusivamente mediante la presenza fisica dello stesso alle udienze"*.

Quando se impede o regular exercício da autodefesa, por obra da adoção de procedimento sequer previsto em lei, tem-se agravada restrição à defesa penal, enquanto incompatível com o regramento contido no art. 5º, LV, da Constituição da República, o que conduz à nulidade absoluta do processo, como a tem reconhecido este Tribunal, à vista de prejuízo ínsito ao descumprimento da forma procedimental adequada:

"II – Defesa – Entorpecentes – Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da L. 10.409/02: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, 1ª T., 19.4.05, Pertence, DJ 13.5.05). Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida" (HC nº 84.835, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26.08.2005. Grifos nossos).

16. Diante do exposto, concedo a ordem, para anular o Processo-Crime nº 050.02.061370-9, que tramitou pela 30ª Vara Criminal do Foro Central da comarca da Capital/SP, a contar do interrogatório do paciente, inclusive.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)