



ARTIGOS

Inventário normativo dos direitos da pessoa privada de liberdade: a desconstrução da contracultura prisional

Álvaro Mayrink da Costa

Doutorado (UEG). Professor Emérito da EMERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. O conjunto de direitos e garantias da pessoa humana é definido como direitos humanos fundamentais, exigências da *dignidade*, da *liberdade* e da *igualdade*, tanto no aspecto individual, como no comunitário, contra desrespeitos e excessos cometidos por órgãos e agentes do Estado. Tais direitos são *caracterizados* pela: **a) imprescritibilidade; b) inalterabilidade; c) inviolabilidade; d) universalidade; e) efetividade; f) independência; e, g) complementabilidade**, em nossa Carta Política. Estabelece onde os limites estão consagrados (*princípio da relatividade* ou *da consciência das liberdades públicas*), pois não podem servir de biombo ou salvaguarda de atividades ilícitas, diante do Estado de Direito. Na ordem da conduta humana, é indispensável manter o postulado da *dignidade ética*, suporte dos direitos



ARTIGOS

humanos e núcleo antropocêntrico da lei. Assim, com a *democracia*, que é forma política de institucionalizar a liberdade jurídica, não é legítimo o fim de implantar a antidemocracia. O *princípio da legalidade* assegura as garantias da pessoa diante do *poder punitivo do Estado*, no qual se inclui a *garantia executiva*, que, na feliz expressão de Bettioli, “*vive na execução*”. Constitui-se em uma exigência do Estado de Direito, pois o condenado torna-se sujeito de direitos diante do *princípio da humanidade*. Miguel Reale Junior, em *Novos Rumos do Sistema Criminal*, enfatiza que “*O modelo Estado Democrático deve reconhecer a existência de forças sociais organizadas, que expressam, com legitimidade, o pensamento e a vontade popular contrapondo-se a um centralismo político, monocrático e opressor*”. A pessoa privada de liberdade não tem meros “*benefícios*”, mas sim *direitos públicos subjetivos*, como *sujeito* e não *objeto* de direitos. Anabela Miranda Rodrigues, em *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, escreve que “*a humanização já não pertence à categoria dos costumes ou das praxes administrativas, mas à proclamação do recluso como sujeito da execução*”. Foi complexo e lento o processo de consolidação da posição jurídica do condenado, quer pelo reconhecimento da juridicidade, quer pelo reconhecimento das garantias constitucionais como *sujeito da execução*. Enfatiza que o “*direito de não ser tratado é parte integrante do ‘direito de*



ARTIGOS

ser diferente’, que deve ser assegurado em toda a sociedade verdadeiramente pluralista e democrática”, pois como ressalta Ferrajoli, “degenerará em despotismo sempre que se arrogam funções pedagógicas e propagandistas como instrumento de estigmatização e sancionamento moral”.

2. São *deveres* da pessoa privada de liberdade, normatizados na Lei de Execução Penal: **a)** comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; **b)** obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com que deva relacionar-se; **c)** urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; **d)** conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; **e)** execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; **f)** submissão à sanção disciplinar imposta; **g)** indenização à vítima ou aos seus sucessores; **h)** indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; **i)** higiene pessoal e asseio da cela ou do alojamento; **j)** conservação dos objetos de uso pessoal. Dois pontos devem ser destacados no *plano de deveres*: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença.



ARTIGOS

3. Ao exigir o legislador “*obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se*”, exige cumprimento das *ordens legais* inadmitindo condutas insolentes, ameaçadoras ou desrespeitosas. A *urbanidade* é imperativa no trato com os companheiros de cárcere, observada a realidade perversa da vida cotidiana na microssociedade. O respeito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana são imperativos de condições de *segurança, igualdade e justiça*, principalmente ao custodiado pelo Estado. A Constituição Federativa de 1988 fixa os seguintes *direitos*: **a)** é assegurado aos presos o respeito à *integridade* física e moral. Com a edição da Súmula Vinculante nº 11 (“*Só é lícito o uso das algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*”), cumpre-se com a vigência o princípio da dignidade da pessoa humana, diante do abuso de autoridade, pois jamais poderá ser empregada como medida de punição ou de execração pública, violado o princípio da presunção de inocência. O Superior Tribunal de Justiça ressalta a necessidade de fundamentação idônea. O uso das algemas constitui exceção e sua adoção deve ser



ARTIGOS

justificada concretamente (STJ, HC 140.718/RJ, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 16.10.2012); **b)** ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*; **c)** são inadmissíveis, no processo, as *provas* obtidas por *meios ilícitos*; **d)** ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (reposicionamento da Corte Suprema, em 2016/18, estando em aberto a discussão pertinente a “*decisão condenatória de segunda instância*”); **e)** o civilmente identificado *não* será submetido à identificação criminal, *salvo* nas hipóteses previstas em lei; **f)** a lei só poderá restringir a *publicidade* dos atos processuais quando a defesa da *intimidade* ou o *interesse social* o exigirem; **g)** ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (proibição das denominadas “*prisões para averiguações*”), salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; **h)** a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão *comunicados imediatamente* ao magistrado competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; **i)** o preso será *informado* de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a *assistência* da família e do advogado; **j)** o preso tem direito à *identificação* dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; **k)** a *prisão ilegal* será *imediatamente* relaxada pela autoridade judiciária



ARTIGOS

(*audiência de custódia*); **l**) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a *liberdade provisória*, com ou sem fiança (*audiência de custódia*); **m**) indenização por *erro judiciário* ou por prisão *além do tempo* fixado na sentença.

4. Não é possível imaginar que uma pessoa privada de sua liberdade tenha que “pagar” manter mensalmente para poder exercer seus direitos (receber familiares, ter uma cela limpa e ventilada, alimentação compatível, acesso ao advogado e ao médico, tempo de banho de sol, receber cobertores e produtos de higiene). É preciso, também, que a sociedade se conscientize que a chegada de uma pessoa ao cárcere não é um espetáculo burlesco e que não é um “jardim zoológico”, em que os apenados ficam expostos à curiosidade da visitação de grupos universitários. Não há ricos nem pobres, *todos* são *iguais* perante a lei, todos têm os *mesmos* direitos fundamentais a serem respeitados. Constituem *direitos* da pessoa privada de liberdade na esfera de *âmbito da vida carcerária*: **a**) *alimentação suficiente e vestuário*; **b**) *atribuição de trabalho e sua remuneração*; **c**) *constituição do pecúlio*; **d**) *proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação*; **e**) *continuação das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriormente exercidas, desde que*



ARTIGOS

compatíveis com a execução da pena; f) assistência material, médica, educacional, social, psicológica e religiosa. Na *assistência social*, é relevante seu papel para amparar o condenado ou internado à inserção social. Observa-se presente em todas as etapas do cumprimento da pena privativa de liberdade: **a.** conhecendo os resultados dos diagnósticos e exames; **b.** levantando e comunicando os problemas e as dificuldades do assistido; **c.** acompanhando o resultado das *permissões de saída* e das *saídas temporárias*; **d.** promovendo atividade recreativa nas unidades prisionais; **e.** promovendo e orientando, na fase final do cumprimento da pena, o retorno à liberdade; **f.** providenciando a obtenção de documentos e benefícios da previdência social e do seguro por acidente do trabalho; **g.** orientando e amparando, quando necessário, a família do condenado, internado e da vítima; **g) proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; h) entrevista pessoal e reservada com o advogado.** A *entrevista do advogado* com o recluso *não* pode ser *monitorada* pela administração penitenciária, quer pela permanência física do inspetor penitenciário ou pela escuta do sistema de interfones. Nos presídios federais, há um procedimento especial ditado pelo art. 96 do regulamento penitenciário federal. É *direito do advogado*, comunicar-se com o seu cliente, *pessoal e reservadamente*, mesmo sem procuração, quando este se achar preso, detido ou recolhido em estabelecimento civil



ARTIGOS

ou militar, ainda que considerado *incomunicável* (art. 7º, III, da Lei nº 8.906/94). A unidade prisional deve sempre facilitar e não dificultar os horários para entrevista. O *sigilo* deve ser observado, não podendo o guarda ficar próximo para ouvi-lo. Não se pode esquecer o direito do advogado (art. 7º, III, do Estatuto da OAB e o Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, Regulamento Penitenciário Federal), que as entrevistas deverão ser previamente agendadas e designadas imediatamente as datas e os horários para o atendimento reservado, durante 10 (dez) dias subsequentes. No caso de urgência, deverá ser imediatamente autorizada. São indicadores para a *designação da data*: **a.** fundamentação do pedido; **b.** conveniência do estabelecimento penal federal, diante da segurança deste, do advogado, dos servidores, dos funcionários e dos próprios presos. Questão a ser aventada é o da *entrega de documentos* à pessoa privada de liberdade e suas indagações para que o advogado possa exercer a plenitude da “*ampla defesa*”, quando fica vedado qualquer contato físico para a entrega, diante da divisória de vidro, com interfone para comunicação oral. O Supremo Tribunal Federal firmou que “*O fato de a conversa entre o profissional e o detido ser registrada apenas mediante o uso de interfone, por si só não constitui ofensa à prerrogativa profissional. O que configura flagrante agressão aos direitos de comunicação pessoal e reservada*”

**ARTIGOS**

é a gravação dessa conversa, mesmo que autorizada judicialmente, caso o próprio advogado não esteja sendo investigado” (STF, HC 112.558/RJ, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.6.2013); **i) visita do cônjuge, do convivente, de parentes e amigos em dias determinados.** Cogita-se de direito do preso, que pode *excepcionalmente* ser *suspenso* ou *restringido*, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal, *ex vi* do art. 41, parágrafo único, da LEP. Jorge Miranda lembra que “*o condicionamento não reduz o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ônus*”. Constitui *regalia* receber *visitas extraordinárias*, desde que autorizadas. Inclui-se: assistir sessões de cinema, teatro, shows e outras atividades socioculturais, como também jogos esportivos fora do horário normal. Regalias não são direitos e poderão ser suspensas ou restringidas a critério do diretor do estabelecimento penal federal. No Regulamento Penitenciário Federal, o diretor poderá acrescentar outras *regalias* de *forma progressiva* acompanhando as diversas fases do cumprimento de pena. Constitui constrangimento ilegal a vedação do direito à visita de filhos ou enteados, em ambiente minimamente aceitável, não colocando em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. Vigê o *princípio da ressocialização*, partindo-se da premissa do *convívio*



ARTIGOS

familiar (STF, HC 107.701/RS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.9.2011). Não se pode esquecer a questão da *visita íntima*, que tem por finalidade *preservar e fortalecer* as relações familiares e afetivas do preso no curso do cumprimento da pena em *regime fechado*. As relações *vis a vis* constituem relevante fase no processo de reinserção social, não só como meio para ativar os efeitos deletérios da privação de liberdade, mas principalmente para atenuar as carências afetivas e sexuais. Igualmente, constitui-se em uma ferramenta de garantia das relações equilibradas dentro do coletivo carcerário. Não se cuida de um *direito subjetivo* do preso à *visitação íntima*, nem se viola o *princípio da igualdade*, diante de relações especiais de sujeição. Aplicam-se os critérios de *discricionabilidade, convivência e oportunidade*, objetivando a preservação da saúde e da vida *erga omnes*. O Governo federal, através de Portaria, estabeleceu a *proibição* da visita íntima nos presídios federais. A matéria aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal questionando-se que tal proibição atenta contra as “*Regras de Mandela, as Regras de Bangkok e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*”, pois estabelece “*restrições às visitas pessoais é impor à família do preso uma pena que ultrapassa a pessoa do condenado*”. É dever do Estado *garantir a incolumidade física e moral dos presos*. Assim, o pedido deve ser avaliado diante da exigência de perfeitas condições de *saúde física e mental*



ARTIGOS

dos interessados pelo serviço médico da unidade prisional ou *atestado de saúde* emitido por órgão público. A supervisão ou restrição deverá ser feita por ato motivado do diretor do estabelecimento penal; **j)** *chamamento nominal*; **l)** *igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena*; **m)** *audiência especial com o diretor do estabelecimento*; **n)** *liberdade de petição e representação para qualquer autoridade, mesmo estranha ao estabelecimento*; **o)** *acesso ao mundo exterior por meio de imprensa e da correspondência escrita*; **p)** *permissões de saída e saídas temporárias*; **q)** *representação e petição a qualquer autoridade em defesa do direito*; **r)** *seguro contra acidente de trabalho e a previdência social*; **s)** *atestado anual de pena a cumprir, que constará: a. o montante de pena privativa de liberdade; b. o regime prisional de cumprimento de pena; c. a data do início do cumprimento da pena e a data, em tese, do término do seu cumprimento; d. a data a partir da qual o apenado, em tese, poderá postular a própria progressão de regime prisional e o livramento condicional.*

5. Aos *direitos* da pessoa privada de liberdade, especificados no rol da Lei de Execução Penal, *aduzar-se* que: **a)** *é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar o tratamento*; **b)** *a mulher e o maior de 60*



ARTIGOS

(sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos em estabelecimento próprio e adequado às suas condições pessoais; **c)** os estabelecimentos destinados a mulheres será dotado de *berçário*, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade. Nas “*Régles Pénitentiaires Européennes*”, na medida do possível, os presos devem ser *consultados* sobre sua localização inicial na unidade prisional e, posteriormente, se houver transferência de uma prisão para outra, bem como antes de serem obrigados a partilhar de uma cela durante a noite. A Carta Republicana *assegura* o respeito e a integridade física e moral da pessoa encarcerada, com isso vedada nas unidades prisionais a prática da tortura, de maus-tratos, de lesões corporais, de castigos físicos e morais que, por sua crueldade ou conteúdo *desumano, degradante e vexatório*, atentam contra a dignidade da pessoa humana, que constitui em um complexo de direitos e de deveres fundamentais que objetivam garanti-la contra qualquer ato degradante e desumano e, promover sua participação na vida comunitária. Veda-se a flexibilização. Tal prática violadora dos direitos humanos é constatada infelizmente em quase todas as prisões do mundo. Barack Obama foi o primeiro Presidente norteamericano a visitar um presídio federal (16/7/2015), o El Reno, em Oklahoma, defendendo uma *reforma ampla* que melhore as condições de vida dos



ARTIGOS

condenados e repense as sentenças excessivas aplicadas, pedindo a redução das penas e uma redefinição das sentenças mínimas obrigatórias. Aduza-se que os Estados Unidos possuem uma população carcerária de 2.300.000 pessoas, com um custo anual de 80 bilhões de dólares, em que 70% da massa carcerária é composta por negros e latinos, sendo quatro vezes mais alta do que a da China. O Brasil, sendo a terceira maior população carcerária do planeta, encontra-se na contramão da realidade contemporânea, *aumentando* o tempo de prisão, *reduzindo* os “*benefícios*”, sob o rótulo midiático de combate à impunidade e à violência. Ainda perdura a visão contestatória de que *não* há direitos humanos para “*inimigos*”. O *trabalho prisional*, na maioria das unidades brasileiras, abarca menos de 10% (dez por cento) da massa carcerária, sendo do tipo doméstico (“*faxinas*”) ou manual, tosco, repetitivo e sem qualquer técnica. Dentro do rol de direitos e deveres do condenado, inclui-se a atribuição de trabalho, que é constitucionalmente um *dever social*, eixo de uma execução sustentável, e a jornada não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados, salvo para os serviços de manutenção do estabelecimento penal. O Supremo Tribunal Federal firmou a impossibilidade de se desprezarem as horas trabalhadas pelo só fato de serem inferiores ao mínimo legal de seis horas, estabelecendo a possibilidade da jornada



ARTIGOS

diária de quatro horas para fins de remição (banco de horas). A atribuição do trabalho deve ser individualizada, garantindo ao encarcerado uma jornada não excessiva. O *trabalho externo* somente é admissível em obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta ou entidades privadas, por presos em regime fechado, tomadas as cautelas contra a fuga e a preservação da disciplina. Na prestação de trabalho à entidade privada, há o *direito* do preso de aceitar ou não, e o limite de presos em contato com trabalhadores livres em qualquer empreendimento é de dez por cento. A contratação de mão-de-obra prisional *não* deve ser realizada diretamente pela iniciativa privada, visto que gera inúmeras irregularidades na esfera administrativa e principalmente a exploração do trabalho do apenado. A contratação deve ser realizada por *fundações públicas*, estipulada diretamente com o trabalhador preso, garantindo os direitos do contrato. A Fundação Santa Cabrini foi criada pelo Decreto-Lei nº 360, de 22 de setembro de 1977, sendo órgão gestor do trabalho prisional do estado do Rio de Janeiro, vinculado à Secretaria de Administração Penitenciária, que tem como finalidade promover a *ressocialização* de presos e egressos. Com patamar no binômio trabalho-qualificação promove cursos de capacitação profissional em diferentes áreas. Cita-se a fábrica de tijolos, inaugurada em 2005, na Penitenciária Esmeraldino Bandeira, tendo a capacidade de produzir



ARTIGOS

cerca de 50 mil tijolos de solo/cimento/mês, cuja produção tem sido destinada a importantes projetos públicos (PAC, construção de apartamentos no Complexo do Alemão, escolas municipais e estaduais e unidades prisionais). O trabalhador preso em regime *fechado*, a empresa parceira instala-se em uma unidade prisional e promove a qualificação do apenado. Em regime *semiaberto*, este vai até o local de trabalho, cumpre o horário estabelecido e retorna à noite à unidade prisional, cumprindo uma jornada de 40 horas semanais. No estado do Rio de Janeiro, desde 2008, há um Centro de Produção e Qualificação Profissional, que é uma unidade produtiva e profissional, destinada a desenvolver ações inerentes ao ensino profissionalizante, à qualificação e ao aprimoramento individual da pessoa privada de liberdade. Sabe-se das grandes dificuldades pelo pouco interesse na mão-de-obra prisional diante dos riscos de serem depredadas as máquinas colocadas no interior das oficinas prisionais pelos microempresários diante de rebeliões, bem como a queda de qualidade e tempo de entrega do produto pelas constantes transferências de apenados de unidades pelo interesse da administração prisional. A *destinação* do salário do apenado deverá atender: **a)** à *indenização* dos danos causados pelo delito, desde que determinados judicialmente (ressarcimento de danos materiais e danos morais); **b)** *benefícios previdenciários* para a assistência à



ARTIGOS

família. A matéria está ancorada no art. 201, IV, da CF, no art. 80 e 11, 1º, IX, da Lei nº 8.213/91, no Decreto nº 3.048/99, nos arts. 116 a 119, e que pertine aos servidores públicos no art. 229 da Lei nº 8.112/90. É possível a concessão do *auxílio-reclusão* aos dependentes do segurado que recebam salário contribuição pouco superior ao limite estabelecido como critério de baixa renda pela legislação da época de seu encarceramento (STJ, REsp 1.479.564/SP, rel. Min. Napoleão Maia Filho, j. 6.11.2014). Questão controvertida diz respeito ao recebimento do *auxílio-reclusão* pelos servidores públicos estatutários e que *não* possuam baixa renda. A Corte Suprema, ao examinar o tema do *auxílio-reclusão*, fixou três *requisitos* para a sua concessão: **a.** que a pessoa esteja presa; **b.** seja segurada da Previdência Social; **c.** tenha o signatário *renda baixa* (STF, RE 486.413/SP, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.3.2009). A questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu que o art. 13 da EC 20/98 não afasta a situação jurídica dos servidores ocupantes de cargo público de provimento efetivo, só afeta aos empregados públicos e exclusivamente de cargos comissionados (STJ, AgRg no REsp 1.510.425/RJ, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 16.4.2015). Assim, *não* se aplica à exigência de baixa renda aos *servidores estáveis ocupantes de cargos efetivos*. Será garantido à pessoa LGBT, em igualdade de condições, o benefício do *auxílio-reclusão* aos dependentes



ARTIGOS

do seguro do recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo (Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014). Diante do art. 80 e parágrafo único da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para a concessão do benefício previdenciário, é indispensável a prova da dependência econômica, sendo relativo ao tempo em que o segurado estiver preso; **c)** às pequenas despesas pessoais do apenado; **d)** ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

6. Estimula-se ainda a *poupança* para os gastos nos primeiros dias de liberdade do *egresso*. Na questão da *assistência ao egresso*, é da maior relevância a ponte de transição da micro para a macrossociedade. *Considera-se egresso o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; e, condicional, durante o período de prova. Se necessário, dar-se-á alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses, que poderá ser prorrogado uma única vez, na busca do mercado de trabalho. Ainda são direitos da pessoa privada de liberdade: a) a previdência social, para a qual poderá contribuir e ingressar na Justiça do Trabalho para reclamar seus direitos; b) a formação de seu pecúlio. Os apenados devem ser incentivados a economizar parte de sua remuneração aplicando-a em cadernetas de poupança para o momento difícil de sua saída da prisão; c) a prática de*



ARTIGOS

atividades de recreação. Todo apenado ou custodiado deve exercer atividade física ao ar livre *por* duas horas diárias, sendo permitida a existência de sala de musculação, com equipamentos apropriados. As atividades recreativas estimulam o *processo de socialização*, a fim de que se organizem na prática de jogos esportivos e atividades artísticas e culturais; **d)** a *assistência material*. Todos os locais de um estabelecimento penal devem ser mantidos limpos durante todo o tempo. O acesso às instalações sanitárias deve ser higiênico e que proteja a sua intimidade. Os apenados ou custodiados devem cuidar da limpeza pessoal das suas roupas e de seu alojamento. As autoridades penitenciárias devem fornecer os artigos de toalete, utensílios e produtos de limpeza. Registre-se que, na maior parte dos estabelecimentos penitenciários dos estados da Federação (tuberculose e HIV), há precariedade da alimentação e ausência de vestuário. Os condenados devem usar *uniforme* discreto condigno da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos no cumprimento da pena; **e)** a *saúde*. A questão da saúde é trágica nos estabelecimentos penitenciários dos estados da Federação. Daí, pacífica jurisprudência, no sentido da concessão de *licença especial domiciliar para tratamento médico*, diante das violações elementares dos direitos da pessoa privada de liberdade. O Estado é responsável pela integridade física e moral, *não* pode se eximir de qualquer tratamento de saúde.



ARTIGOS

Na conduta omissiva, deve ser condenado em perdas e danos materiais e morais. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados às pessoas privadas de liberdade, e sob sua custódia, em decorrência de violações à dignidade provocadas por sua omissão. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou submetido a tratamento ambulatorial, por familiares ou dependentes, a fim de orientar ou acompanhar o tratamento. Registre-se que, diante da pandemia do *COVID-19*, tornou-se mais dramática a questão da saúde nos estabelecimentos penais. A primeira morte no Rio de Janeiro ocorreu em abril de 2020, no Instituto Penal Cândido Mendes, que passou a abrigar grupos de risco de apenados com mais de 60 anos de idade. Os pacientes não recebem visitas de familiares e o atendimento médico é escasso. A grande vulnerabilidade é a logística para garantir a infraestrutura da unidade prisional que permita a *comunicação* para conectar os presos com os médicos. A solução é a *telemedicina* como política de governo. Porém, ter celular próprio, e-mail, senha de acesso, mas o paciente é preso, eis o desafio em outra realidade. Há magistrados e tribunais que têm deferido o cumprimento em regime albergue domiciliar, com ou sem monitoração eletrônica. O ministro Fachin afirmou que “*a recomendação do SNJ não confere direito subjetivo aos detentos que se incluem nos denominados*



ARTIGOS

grupos de risco à obtenção de benefícios excepcionais”. Assim, quando a unidade prisional informa que as medidas adotadas são suficientes para a garantia do preso não se infectar com o *novo coronavirus*, a prisão domiciliar é negada (84% dos pedidos são negados). O regulamento prisional federal (art. 37, parágrafo único, do Decreto nº 6.049/2007) prescreve que “*diante da dificuldade de comunicação, deverá ser identificado entre os agentes, os técnicos, os médicos e outros presos, quem possa acompanhar e assistir o preso com proveito, no sentido de compreender melhor suas carências, para traduzi-las com fidelidade para pessoa que irá entrevista-lo ou tratá-lo*”. A deficiência crônica de políticas e ações prisionais adequadas atinge a população carcerária, pois é complexa e custosa (STF, RE 580.252/MG, voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso). Os apenados devem ter um *regime alimentar* que leve em conta a idade, o estado de saúde, o estado físico, a religião, a cultura e o tipo de trabalho. A alimentação deve ser preparada em condições de higiene e durante todo o tempo haver acesso à água potável, sendo servidas três refeições diárias. O Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro permite que os estabelecimentos penais possuam cantinas para a venda de produtos não fornecidos pela administração. O preço dos produtos não poderá ser superior ao cobrado nas casas comerciais do mundo livre e as rendas serão recolhidos ao



ARTIGOS

Fundo Especial do Sistema Penal; f) a *assistência jurídica*. Registre-se que, ainda em grande parte das unidades prisionais, o próprio apenado, de próprio punho, postula seus direitos no processo de execução. O direito de petição é uma garantia constitucional ao abuso de poder (art. 5º, XXXIV, CF), diante da ameaça ao direito (art. 5º, XXXV, CF). O ingresso do advogado na unidade prisional *não* pode ser dificultado. A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, estabeleceu que “*as entrevistas serão monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário*” (art. 52, V, LEP). A grande parte do coletivo carcerário brasileiro é constituída de presos pobres ou miseráveis (chamados de *invisíveis*), que não tem condições de ter um advogado particular. O estado do Rio de Janeiro, em sua Carta Política, “*Obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. Devem ter acesso aos documentos relativos aos procedimentos judiciais que lhes digam respeito, ou serem autorizados a guardá-los consigo. É fundamental a presença de um *defensor público* em cada unidade prisional. Posiciona-se contra a postura do Superior Tribunal de Justiça, que veda a requisição do apenado ou do custodiado cautelar, por parte do defensor público, com a finalidade de subsidiar a elaboração da



ARTIGOS

resposta à acusação, diante do argumento de que inexistente amparo nas regras processuais (STJ, HC 149.603/ RJ, 5ª T., relª. Minª. Laurita Vaz, j. 18.10.2011); **g)** a *assistência educacional*. Anote-se a edição do Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011, que institui o Plano Estratégico de Educação do Sistema Prisional, em que se dá destaque para: **a.** *fomentar* a formulação de políticas de atendimento educacional à criança que esteja em estabelecimento penal, em relação da privação de liberdade de sua mãe; **b.** *construir* para fortalecer a erradicação do analfabetismo e para a ampliação da oferta de educação no sistema prisional; **c.** *promover* a formação e a capacitação dos profissionais envolvidos na implantação do ensino; **d.** *viabilizar* as condições para a continuidade dos estudos dos egressos do sistema prisional. Para tanto, no que tange ao Ministério da Educação, é necessário: *a) equipar* e aparelhar os espaços destinados às atividades educacionais nos estabelecimentos penais; *b) promover* a distribuição de *livros didáticos* e a composição de *acervos de biblioteca* e fomentar a *criação de salas de leitura*. Já no que concerne ao Ministério da Justiça, compete: *i. conceder* apoio financeiro para a construção, ampliação e reforma dos espaços destinados à educação nas unidades prisionais; *ii. orientar* os gestores do sistema prisional para a importância da oferta da educação. Sendo o ensino um dos eixos da sustentabilidade da execução penal, diante de um olhar



ARTIGOS

realístico sobre a população carcerária, e com o estímulo à *remição da pena* (estudo e leitura), há exigibilidade de uma escola em cada estabelecimento penitenciário, para o ensino fundamental e médio, utilizando-se da modalidade de *ensino à distância* para apoio, também, no profissionalizante. O que não se pode admitir, em pleno século XXI, é que o apenado entre e saia analfabeto da prisão. Cada estabelecimento deve dispor de uma *biblioteca* e uma *sala de leitura*; **h)** a *assistência religiosa*. É garantida a *liberdade de culto*, sendo permitida a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa, sendo reservado local apropriado para a prática de cultos. Inexiste direito do apenado a cumprimento diferenciado de pena por determinada orientação ou atividade religiosa. Há estabelecimentos penais brasileiros que reservam galeria para praticantes de orientação evangélica. Tratando-se de um *estado laico*, a participação em atividade religiosa é *facultativa*. Tem relevante papel na conduta dos apenados nas unidades prisionais. O direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião deve ser respeitado. Entende-se que, quem cumpre pena em *regime domiciliar*, tem direito a frequentar cultos religiosos, a ser cumprido no local, dia e horário informado e fiscalizado pelo Juízo da execução.



ARTIGOS

7. Destaca-se o direito à proteção contra o *sensacionalismo* dos órgãos de comunicação de massa, principalmente a prática de obrigar os presos a serem expostos aos fotógrafos e às câmeras de TV, “*a fim de serem apresentados à imprensa*”, por certas autoridades ávidas de publicidade que formam politicamente a opinião pública antes da sentença condenatória ou sem o trânsito em julgado da decisão, passando sobre o *princípio constitucional da presunção de inocência*. Sabe-se que a divulgação da imagem pode redundar em prévia condenação pública, que é irreparável, violando a dignidade da pessoa humana. O inconveniente da *exposição pública* do preso está prevista no art. 198 da Lei de Execução Penal e contra o *sensacionalismo*, no art. 41, VIII, do mesmo diploma. Os condenados que cumprem pena em regime fechado por crimes que tiveram grande repercussão pública não podem ser objeto de entrevistas pela mídia sensacionalista a busca de audiência. O mesmo se diga em relação ao egresso, desconstruindo sua nova imagem e destruindo seu novo emprego (“*os crimes célebre*”). Os direitos do apenado estão à disposição na via da revisão criminal a qualquer tempo. A obstaculização na comunicação com a família e na restrição à visitação e *prática vexatória de revistas* no ingresso de mulher na unidade penal, viola-se a garantia de legalidade executiva, o direito de proteção à família e o princípio da



ARTIGOS

intranscendência da pena. As “*Regras Penitenciárias Europeias*” prescrevem que as sanções disciplinares não podem envolver uma interdição total das relações com a família. O direito do apenado ou cautelar de *comunicar-se com sua família* deve ser visto sob dois ângulos: **a)** como integrante dos direitos das pessoas privadas de sua liberdade ter uma respeitabilidade humana; **b)** como componente do direito à proteção da família. Coloca-se a questão do *regime de visitas* vinculado aos direitos de proteção e, especialmente, do princípio da intranscendência da pena. A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, restringiu direito de visitas, ao estabelecer que “*visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoas da família, ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas*” (art. 52, III, LEP). A discussão acadêmica se aprofunda em relação ao benefício da comunicação do apenado ou custodiado com o interesse do filho menor, diante de um ambiente perverso e estigmatizante (criação de espaços lúdicos, como parquinhos para propiciar momentos de lazer e diversão fomentadores dos laços afetivos na convivência familiar). O princípio da razoabilidade deverá temperar a relativização. Destaca-se no voto do Ministro Gilmar Mendes: “*De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à*



ARTIGOS

programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a persecução desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes” (STF, HC 107.701/RS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.9.2011). Não há conflito na autorização de visita ao pai ou à mãe no estabelecimento penal, diante do art. 227 da Carta Política pertinente ao direito de convivência familiar. No “Conjunto de Princípios” para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de privação de liberdade, estariam: “as entrevistas entre a pessoa detida ou presa e seu advogado podem ocorrer à vista, mas não em condições de serem ouvidas pelo funcionário encarregado de fazer cumprir a lei”.

8. Revisitando o tema, a pessoa privada de liberdade também tem o *direito* de: **a)** ser chamado por seu próprio nome (“*chamamento nominal*”); **b)** ter igualdade de tratamento; **c)** audiência com o diretor da unidade em que está lotado. A *entrevista* deve ser *peçoal*, sem a presença de outros funcionários para que o apenado ou custodiado possa relatar, inclusive, tortura, maus tratos, ameaças,



ARTIGOS

constrangimentos ilegais e extorsões que tenha sofrido; **d)** representação por petição a qualquer autoridade em defesa de direito, inclusive a ação de *habeas corpus* e representação aos órgãos competentes; **e)** comunicação com o mundo exterior mediante informação e expressão por correspondência escrita e de todos os meios modernos de comunicação, preservadas as questões éticas e de disciplina no contexto prisional. Os apenados têm o direito de acesso a todos os meios de comunicação. A informática é objeto de valor no estabelecimento prisional. A correspondência escrita pode ser objeto de fiscalização, quando houver motivo de que seja instrumento de atividades ilícitas; **f)** ao *transporte em condições condignas*. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou através da Resolução nº 2/2012, normas para buscar *coibir* o transporte das pessoas privadas de liberdade, destacando-se: **a.** é proibido o transporte de pessoas presas ou internadas em condições ou situações que lhes causem *sofrimentos físicos e morais*, diante da responsabilidade administrativa, civil e criminal; **b.** é proibida a utilização de veículos com compartimentos de proporções reduzidas, deficiente ventilação, ausência de luminosidade ou inadequado condicionamento térmico ou que, de qualquer outro modo, as sujeitem a sofrimentos físicos ou morais; **c.** os procedimentos de colocação e retirada dos veículos de transporte sem atender à sua individualidade, integridade



ARTIGOS

física e dignidade moral; **d.** são vedadas a utilização dos veículos de transporte como instalações de custódia e manutenção, por período superior ao estritamente necessário para o deslocamento; **e.** no caso de deslocamento, deve ser resguardada dos insultos, qualquer forma de sensacionalismo e quaisquer curiosidades; **f.** o transporte deve atender as normas de separação de categorias de pessoas privadas de liberdade, de acordo com a sua condição pessoal; **g.** deverá ser fornecida água potável e alimentação e o acesso sanitário considerado o tempo de duração do trajeto e da distância percorrida; **h.** no deslocamento de mulher, à escolta será integrada, pelo menos, por uma policial ou servidora pública, cabendo-lhe a revista pessoal; **i.** devem ser destinados cuidados especiais à pessoa idosa, gestante, com deficiência, acometida de doença ou que necessite de tratamento médico. As “*Regras Mínimas da ONU*”, ao tratar da transferência de reclusos, estabelece que “*Quando forem conduzidos a um estabelecimento ou transferidos para outro, serão, o menor possível, expostos ao público e serão tomadas todas as providências para protegê-los dos insultos e da curiosidade do público e para impedir qualquer outro tipo de curiosidade. Deverá proibir-se o transporte em más condições de iluminação e ventilação ou por qualquer meio que lhes imponha sofrimento público*”. Na mesma ideologia garantidora da dignidade da pessoa humana privada de



ARTIGOS

liberdade, encontram-se as “*Regras Penitenciárias Europeias*”. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 29, expressa taxativamente que “*Todo cidadão, preso por pequeno delito, e considerado réu primário, não poderá ocupar cela com presos de alta periculosidade ou já condenados*”; **j.** *direito à execução provisória*. Dá-se quando o apenado pretenda a progressão de regime e o livramento condicional, quando só ele tenha recorrido da decisão condenatória. Igualmente, diante da Súmula nº 717 do Supremo Tribunal Federal “*Nada impede a progressão de regime de execução a pena, fixarem sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial*”; **k.** *direito de remição da pena pelo trabalho e estudo*. Inexiste a *remição ficta*, diante da inexistência de trabalho ou estudo na unidade prisional. A Lei nº 13.163/2015 torna *obrigatória* a oferta de ensino médico nos estabelecimentos penais e o *preso provisório* também tem direito à remição em razão do direito à execução provisória da pena.