

SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL E A
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
DO PRESO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA
SOBRE OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS
INIMIGOS DO ESTADO BRASILEIRO

Gabriel Cesar dos Santos

*THE FEDERAL PENITENCIARY SYSTEM
AND THE VIOLATION OF PRISONER'S
RIGHTS: A CRITICAL REFLECTION
OF THE SELECTION CRITERIA OF
BRAZILIAN ENEMIES OF THE STATE*

SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS INIMIGOS DO ESTADO BRASILEIRO

THE FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM AND THE VIOLATION OF PRISONER'S RIGHTS: A CRITICAL REFLECTION OF THE SELECTION CRITERIA OF BRAZILIAN ENEMIES OF THE STATES

Gabriel Cesar dos Santos

Pós Graduado em Direito do Estado pelo JusPodivm. Defensor Público Federal.

RESUMO

O presente artigo aborda a violação dos direitos individuais do preso incluído no Sistema Penitenciário Federal. Embora os critérios de inclusão e transferência de presos para as penitenciárias federais estejam previstos conjuntamente na Lei nº 11.671/2008 e no art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, não há definição precisa que delimite objetivamente os casos de submissão ao novo regime. Nesse sentido, a inobservância da legalidade estrita na fixação normativa das referidas hipóteses, aliada às próprias características dos estabelecimentos penais federais, torna constante a violação aos direitos individuais dos presos. Trata-se, portanto, de mais uma forma de expressão do direito do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Execução penal. Sistema Penitenciário Federal. Direito do Inimigo. Penitenciária de segurança supermáxima. Isolamento.

ABSTRACT

This paper intends to examine the violation of individual rights of prisoners included in the Federal Prison Department. Although the parameters of inclusion and transfer of

inmates to federal penitentiaries are provided for by the Law nº 11.671/2008 and the art. 3º of Decree 6.877/2009, there is no clear definition that objectively delimits the cases of submission to the new regime. In this sense the failure of strict legality on the normative fixation of such cases, combined with the characteristics of federal prisons themselves, generates constant violation of prisoners' individual rights. It is, therefore, another form of expressing the Enemy Criminal Law in the Brazilian legal system.

Keywords: Law of Criminal Enforcement. Federal Prison Department. Enemy Criminal Law. Supermax security prison. Solitary confinement.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 14/04/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. 1.1 Contexto Histórico. 1.2 Estrutura e características do Sistema Penitenciário Federal. 1.3 Procedimento de inclusão e transferência de presos ao Sistema Penitenciário Federal. 1.4 Hipóteses de inclusão e transferência de presos (art. 3º do Decreto 6.877/2009). 2 AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS PRESOS FEDERAIS: A MÁXIMA EXPRESSÃO DO DIREITO DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 O Direito Penal do Inimigo. 2.2 As violações aos direitos individuais dos presos federais. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca investigar a violação dos direitos individuais do preso incluído no Sistema Penitenciário Federal e a ausência de definições precisas que delimitem objetivamente as hipóteses dessa inclusão. Nesse sentido, são constantes as violações aos direitos

individuais dos presos federais, em face das próprias características dos estabelecimentos penais federais e da inobservância da legalidade estrita na fixação normativa das hipóteses de inclusão, aliada à impossibilidade de um controle efetivo sobre tais decisões.

No primeiro capítulo, portanto, serão analisadas as características referidas, através de uma breve incursão sobre o Sistema Penitenciário Federal. Em síntese, trata-se de um novo sistema penitenciário, gerido pela União, de segurança supermáxima, baseado no rigor, na restrição de direitos e no isolamento dos presos. Inspirado nas *supermaxes* americanas, esse modelo foi concebido para desarticular organizações criminosas que atuavam dentro dos presídios estaduais brasileiros.

Em seguida, o presente artigo investigará os critérios de inclusão e transferência supramencionados a partir do modelo de direito penal do inimigo, preconizado por Günter Jakobs. Embora os critérios de seleção estejam previstos conjuntamente na Lei nº 11.671/2008 e no art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, a utilização de conceitos vagos e imprecisos vulnera os direitos individuais dos presos, na medida em que permite que decisões arbitrárias sejam proferidas, sem que haja um controle racional do ato decisório que determina a inclusão ou transferência ao sistema federal, inaugurando, portanto, um modelo de direito de penal do autor.

A proposta de desenvolvimento desse tema resulta da necessidade de uma reflexão crítica sobre a política criminal desenvolvida pelo Estado brasileiro com a efetivação de um Sistema Penitenciário Federal. Apesar da gravidade das restrições aos direitos individuais dos presos federais, acredita-se, com base na teoria do inimigo, na imprescindibilidade da medida como forma de garantir a segurança nacional, anulando os inimigos do Estado, ainda que sejam graves as consequências dessa política criminal.

Apesar disso, pouco ou quase nada se fala sobre o tema, seja pela crença no sucesso ou na necessidade da medida, seja pelo desprezo aos direitos individuais daqueles tidos como os piores inimigos da nação. São incipientes os estudos sobre o Sistema Penitenciário Federal, por tratar-se de um campo recente de investigação. Se, por um lado, isso dificulta a pesquisa; por outro, ela se mostra ainda mais relevante no sentido de provocar uma reflexão acadêmica sobre o assunto e revelar a condição dos presos invisibilizados nos estabelecimentos federais.

O trabalho utilizará o método dedutivo e o procedimento metodológico analítico-descritivo. Por meio da análise dos dispositivos da Lei nº 11.671/2008, da jurisprudência e dos enunciados do Fórum Permanente do Sistema Federal, tentará compreender o processo de

seleção dos presos inseridos no Sistema Penitenciário Federal e as violações de direitos dele decorrente. Além disso, a experiência do autor como Defensor Público Federal com atuação na Penitenciária Federal de Porto Velho, no ano de 2013, será utilizada para complementar essa investigação, trazendo elementos da rotina diária de um dos presídios federais.

1. O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL

1.1 Contexto Histórico

É difícil resumir em tão poucas linhas o que Vera Malaguti Batista conseguiu descrever com maestria em dois capítulos de sua obra.¹ Na dicotomia entre a criminologia crítica, que revolucionou os estudos criminológicos do século passado, e “lei e ordem”, estratégia criminal de intolerância que se sustenta entre as ideologias da defesa social, da segurança nacional e do direito penal do inimigo, certo é que esta última, inflada pelo discurso do populismo criminológico,² influenciou a política criminal brasileira e o seu movimento de expansionismo penal, sobretudo nas últimas décadas, com supressão de garantias, criação de novos tipos penais e aumento das penas dos delitos já previstos. Nos últimos anos, o Poder Judiciário se alinhou a esse movimento punitivista e vem recrudescendo, também, a jurisprudência penal e processual penal.³

¹BATISTA, V. M. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**, 2011, p. 89-11.

² “A grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de **populismo criminológico**”. (Ibidem, p. 100).

³Nesse sentido, cite-se como exemplo a decisão da 1ª Turma do STF, em agosto de 2012, no HC 108715, que proibiu a utilização de HC como substitutivo de recurso; a recentíssima decisão do pleno do STF, em fevereiro de 2016, no sentido de permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (HC 126292); e a AP 470, julgada em 18 de setembro de 2013, na qual o STF aplicou a teoria do domínio do fato como fundamento de decisão condenatória de forma a superar a suposta fragilidade do acervo probatório. Sobre o último julgamento, vale transcrever a crítica de Marcelo Semer feita na palestra “Ação Penal 470 e os reflexos no julgar”, proferida no III Seminário Nacional do IBADPP, que aconteceu no dia 19 de Setembro de 2014, em Salvador: “Se o próprio juiz incentiva a jurisdição penal popular, se dá aval à lógica do estado penal de exceção, e se se consagra a figura do juiz salvacionista, o resultado é a prevalência do senso comum sobre o direito, o desprezo à teoria e aos limites que ela representa, o reconhecimento que fins podem justificar meios e a ideia de que o juiz se insere confortavelmente na segurança pública, abrindo mão da sua função de garantia para assumir a função de sensor, um fiscal que protege a sociedade às custas dos direitos individuais. Não é à toa que o recrudescimento do estado policial tem se dado, hoje, mais com as canetas do que com os cassetes”.

O resultado disso está registrado no último Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil,⁴ no qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou 711.473 pessoas presas no Brasil, sendo esta a terceira maior população prisional do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China. Apesar da construção recente de alguns presídios pelo Brasil, o país ainda apresenta um déficit de 354.244 vagas.

O crescimento da população carcerária, aliado à falta de investimentos na construção e reforma dos estabelecimentos prisionais, levou o sistema carcerário brasileiro à falência. Boa parte das penitenciárias estaduais não possui o mínimo de dignidade para abrigar pessoas em cumprimento de pena. Essa realidade do sistema penitenciário estadual se tornou um campo fértil para o surgimento de organizações criminosas e a ocorrência de diversos crimes dentro dos presídios cometidos contra os presos (tortura, abuso sexual) e pelos presos (tráfico de drogas, lesões, homicídios).

Na primeira década do século XXI, uma série de atentados violentos aconteceu no Brasil, supostamente comandados de dentro de penitenciárias brasileiras. O Primeiro Comando da Capital (PCC) assumiu a autoria de alguns desses atentados. Tal organização, inclusive, teria sido criada com o objetivo de reivindicar melhores condições para o sistema penitenciário.

Some-se ao surgimento das organizações criminosas uma grave crise na administração do sistema penitenciário estadual, a pressão da mídia e sociedade por uma resposta urgente ao problema, e têm-se o contexto em que foram criadas as penitenciárias federais brasileiras. A ideia principal desse novo sistema é neutralizar os supostos líderes de tais organizações criminosas, transferindo-os das penitenciárias estaduais para uma das penitenciárias federais, nas quais permanecem fisicamente distantes dos seus pares, reduzindo a possibilidade de comunicação entre si.

Para tanto, as penitenciárias federais foram dotadas de regras de extremo rigor e equipamentos de alta tecnologia. Consequentemente, suprimiram-se diversos direitos dos internos, conferindo ao Sistema Penitenciário Federal um aparente caráter sancionatório (natureza jurídica de sobre-condenação criminal). O sistema federal se fundamenta na falência do sistema estadual, sendo uma válvula de escape deste nos momentos de crise.

⁴ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 10 de março de 2016.

O Sistema Penitenciário Federal surge, então, como tentativa de inoquização dos inimigos do Estado através de um modelo de cumprimento de pena fundado na rigidez, no isolamento dos presos e na restrição de direitos. Trata-se de mais uma forma de expressão do direito do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, e talvez a pior delas, pois o cumprimento de pena em penitenciária federal pode ser considerado como o mais duro dos castigos previstos em nossa legislação, em “tempos de paz.”⁵

Como dito, as penitenciárias federais brasileiras foram inspiradas nas prisões americanas de segurança supermáxima, também conhecidas como *supermaxes*. Em Outubro de 1983, após o brutal esfaqueamento de dois agentes penitenciários por detentos do presídio federal de segurança máxima em Marion, Illinois, todos os condenados foram submetidos a um isolamento de vinte e três horas por dia. A referida penitenciária foi gradualmente alterando as suas políticas e práticas, sendo adaptada para se tornar o que é hoje considerada uma *supermax*. Em 1994, o governo federal americano inaugurou a sua primeira prisão *supermax*, especialmente concebida com esta finalidade, em Florença, Colorado.⁶

Em 23 de Junho de 2006 foi criada a primeira Penitenciária Federal brasileira, em Catanduvas. No entanto, em face da inexistência de lei que versasse sobre o funcionamento do Sistema Penitenciário Federal, a matéria foi regulamentada provisoriamente por resolução(!) do Conselho da Justiça Federal.⁷ Somente em 2008 foi promulgada a Lei nº 11.671, que estabeleceu as regras para o seu funcionamento. A Lei nº 11.671/2008 foi, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 6.877/2009. Há, ainda, o Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal, que busca, através dos seus enunciados, orientar a interpretação dessas regras.

⁵ A Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII, prescreve que “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada”.

⁶ ROSS, J I R. **The Globalization of Supermax Prisons.**, 2013, e-book.

⁷ Apesar disso, conforme o Informativo nº 415 do STJ, a Quinta Turma “reiterou o entendimento de que a Resolução n. 502/2006 do Conselho da Justiça Federal é constitucional, ao permitir o cumprimento de pena imposta por decisão da Justiça estadual em estabelecimento federal sob competência do juízo de Execução Criminal da Justiça Federal. A alegação de que o cumprimento da pena deve dar-se próximo à origem do condenado, de seus familiares e afins, para que seja facilitado o processo de ressocialização e de modo a contribuir para a saúde do preso, não deve sobrepor-se ao interesse coletivo de segurança e ordem pública, além da própria ordem no estabelecimento de cumprimento da pena” (HC 116.301-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10/11/2009).

1.2 Estrutura e características do Sistema Penitenciário Federal

Atualmente, há quatro penitenciárias federais em funcionamento, sediadas nos estados do Paraná (Catanduvás), Mato Grosso do Sul (Campo Grande), Rondônia (Porto Velho) e Rio Grande do Norte (Mossoró). A quinta, localizada no Distrito Federal, está em fase de construção, com custo estimado de R\$ 34,8 milhões. Os presídios federais relatados compõem o Sistema Penitenciário Federal, administrados pelo Departamento Penitenciário Federal (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça.

A arquitetura dos presídios é padrão, sendo os mesmos totalmente edificados à base de concreto, em locais afastados dos centros urbanos. Cada uma das penitenciárias federais conta com 208 (duzentos oito) vagas, sendo 13 (treze) delas destinadas ao cumprimento de pena em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). As celas são individuais, com área total de 7 m² (sete metros quadrados), distribuídas em quatro pavilhões, chamados de vivências. As celas para cumprimento de pena em RDD possuem solário individualizado contíguo para gozo das duas horas diárias de banho de sol, uma vez que no RDD, os presos não têm qualquer contato com outros presos.⁸

A assistência à saúde, em tese, deveria ser prestada na própria unidade, que é dotada de enfermaria e gabinete odontológico. Ocorre que os cargos de médico muitas vezes não são preenchidos, com conseqüente falta de atendimento, dentre outros problemas na prestação de serviços de saúde dos presos.⁹

É vedado aos presidiários federais o acesso a qualquer espécie de sistema de telefonia, televisão, internet, rádio ou congêneres. Conforme enunciados nº 28 e 29 do *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal as cartas enviadas e recebidas pelos presos podem ser lidas pela direção do presídio, sem necessidade de prévia autorização judicial. Da mesma forma, os agentes penitenciários possuem liberdade para analisar o conteúdo de livros e

⁸ ARRUDA, H. Prisões Federais, 2010, p. 50.

⁹ Em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União, o juiz de primeiro grau determinou o deslocamento de um clínico geral e um psiquiatra para prestar assistência aos presos da penitenciária de segurança máxima de Campo Grande/MS. Recentemente, o TRF 3, julgando pedido de suspensão de liminar, manteve a decisão de primeira instância. (TRF 3, Agravo Regimental nº 0009181-49.2013.4.03.0000/MS, Julgamento 16 de fevereiro de 2016).

revistas enviados aos presos.¹⁰

Semanalmente, são permitidas visitas comuns, cuja duração é de até três horas. Visitas íntimas ocorrem quinzenalmente, por até uma hora.¹¹ Ocorre que, via de regra, os presos são oriundos de outros estados, pois há orientação do DEPEN para que o interno não cumpra pena no estado onde reside, a fim de afastá-lo da organização criminosa a qual supostamente faz parte, ainda que tenha sido transferido por outro motivo ao sistema federal.

Além disso, ressalte-se que as penitenciárias federais ficam sempre distantes dos centros urbanos, o que dificulta ainda mais a visita dos familiares, sobretudo em relação àqueles mais pobres. Segundo dados do próprio DEPEN, pelo menos 50% dos presos das Penitenciárias Federais não recebiam visitas sociais. Essa distância, em alguns casos, proporciona um terreno fértil para a aproximação de organizações criminosas que oferecem auxílio-material para os familiares (passagens e hospedagem na sede do presídio, por exemplo) em troca de apoio à organização.

Entendendo essa dificuldade, a Defensoria Pública da União (DPU), em parceria com o DEPEN, criou o Projeto Visita Virtual, através do qual os presos se comunicam com familiares através de videoconferência.¹² A comunicação telepresencial é feita entre o preso, dentro da própria penitenciária, e a família, em uma das unidades da Defensoria Pública da União (DPU). O projeto ainda necessita de ajustes,¹³ tendo em vista que o DEPEN disponibiliza apenas um dia da semana para a visita virtual. Por esse motivo, os internos que conseguem as visitas virtuais chegam a ter que aguardar de três a quatro meses de intervalo entre as visitas. Outros sequer conseguem realizar a visita virtual, pois muitos possuem familiares em cidades em que não há sede da DPU.

¹⁰ ENUNCIADO Nº 28 - Não é necessária autorização judicial para leitura de cartas enviadas e recebidas pelos presos custodiados no Sistema Penitenciário Federal. (Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

ENUNCIADO Nº 29 – Não é necessária autorização judicial para retenção de jornais, revistas e livros enviados aos presos. (Editado no II *Workshop* com alteração de texto no III *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹¹ ENUNCIADO nº 14 - A visita social pode ter o som monitorado em relação a todos os presos, mediante autorização judicial, à vista dos elementos de convicção trazidos pela administração penitenciária. (Editado no I *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹² ENUNCIADO Nº 26 - O preso, cuja família não tem condições de realizar a visita social, tem direito à visita virtual. (Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

¹³ RECOMENDAÇÃO Nº 23 - Na medida do possível, o Projeto Visita Virtual deve ser expandido para que o preso possa, no mínimo, ter uma hora semanal de visita virtual com seus familiares. (Editado no IV *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

As entrevistas com advogados são executadas em parlatório, com gravação das imagens e, eventualmente, há autorização judicial para gravação, também, do áudio da conversa.¹⁴ Não havendo advogado constituído, a assistência jurídica é prestada pela Defensoria Pública da União.

A rotina no interior dos presídios federais é baseada em normas de extremo rigor. Quando não estão envolvidos em nenhuma atividade externa (aulas, trabalho ou visita), situação extremamente comum para vários internos, os presos permanecem por vinte duas horas dentro da cela, somente saindo para as duas horas de banho de sol. Até mesmo as refeições são feitas dentro da cela.

A despeito do teor da súmula vinculante nº 11 do STF,¹⁵ toda movimentação interna ou externa dos presos ocorre com o emprego de algemas, que somente não são utilizadas durante algumas atividades como visita, aula e banho de sol. Os internos precisam ser algemados para sair da cela, e qualquer movimentação exige a escolta de pelo menos dois agentes penitenciários, devendo o recluso manter a cabeça abaixada durante a movimentação, sendo proibido que olhe para os agentes que os conduzem.

1.3 Procedimento de inclusão e transferência de presos ao Sistema Penitenciário Federal

Pela leitura do art. 1º da Lei nº 11.671/2008, constata-se de pronto que além da transferência de presos de outros estabelecimentos penais, admite-se a inclusão direta do preso no Sistema Penitenciário Federal, sem necessitar que antes ele passe pelo sistema estadual. O caso mais famoso é o de Juan Carlos Abadia, colombiano, preso em 2007 e incluído

¹⁴ RECOMENDAÇÃO Nº 9 – A pedido do Ministério Público ou da autoridade penitenciária, por ordem fundamentada do Juízo Corregedor do Presídio Federal de Segurança Máxima, pode haver monitoramento de sons e imagens das conversas entre advogado e o preso, no parlatório, desde que a medida vise garantir a segurança pública e a regular execução da pena no estabelecimento penal, mantido o absoluto sigilo em relação ao material produzido (Editado no I Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

¹⁵ STF, Súmula Vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em caso 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.

diretamente na Penitenciária Federal de Campo Grande.¹⁶

O art. 2º da Lei nº 11.671 define como sendo da Justiça Federal a competência para acompanhar a execução penal nas penitenciárias federais. Nesse ponto, vale ressaltar, ao contrário do que se imagina, que no sistema federal além de presos condenados por crimes de competência da Justiça Federal, há também presos condenados por crimes de competência da Justiça Estadual que, inclusive, são maioria. Ou seja, não existe relação entre crimes federais e penitenciárias federais.

Quanto a isso, cabe observar que a lei ordinária transfere competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, o que denota uma inequívoca inconstitucionalidade, já que a competência da última é taxativamente delineada pelo art. 109 da Constituição Federal. De acordo com o estudo de Filipe Augusto dos Santos Nascimento, a simples leitura do art. 109 da CF/88 é suficiente para demonstrar que entre as competências jurisdicionais da Justiça Federal não se encontra a atuação em execução penal.¹⁷

Do ponto de vista prático, além de afastar os internos de seus familiares, a transferência da execução penal prejudica também a defesa dos internos desprovidos de recursos. Ao contrário do que se pode imaginar quando se fala em integrantes de organizações criminosas, a população carcerária federal é composta, em sua esmagadora maioria, por pessoas negras e pobres. Cabe ao Sistema Penitenciário Federal, portanto, uma crítica que se faz ao direito penal como um todo: trata-se de instrumento de gestão penal da pobreza, onde a seletividade é visivelmente econômica.¹⁸ Nesse sentido, constata-se que a seletividade “atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo”, pois se encaixam nos estereótipos criminais criados.¹⁹

Segundo mapa prisional elaborado pela Penitenciária Federal de Porto Velho, até fevereiro de 2014, 129 presos cumpriam pena no referido estabelecimento. Destes, apenas 35 possuíam advogados particulares, enquanto que os demais, 94 presos, eram assistidos pela Defensoria Pública da União, o que representa mais de 69% dos internos. Nas demais

¹⁶ NASCIMENTO, F. A. dos S.. **Aspectos (In)constitucionais do Regime Penitenciário Federal**. Artigo apresentado na disciplina Aspectos Constitucionais do Processo Penal, ministrada pelo Professor Doutor Walter Nunes junto ao Mestrado da UFRN em 2013.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MACHADO, F. A. *Gestão Penal da Pobreza no Curso da História: das origens da penitenciária às Crises Contemporâneas*, 2015, p. 192.

¹⁹ ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. ALAGIA, A. SLOKAR, A. **Direito Penal Brasileiro**, 2003, p. 47.

penitenciárias, a realidade é semelhante.

A transferência desses presos representa uma grande dificuldade do ponto de vista prático da assistência jurídica, pois a maioria deles foi ou é réu em processos da Justiça Estadual, mas são assistidos, na execução penal, por Defensores Públicos Federais que, além de não terem competência para atuar nos processos de conhecimento, estão muito distantes deles. O processo na Justiça Estadual, portanto, será de atribuição da Defensoria do estado onde ocorreu o crime, o que dificulta o contato do Defensor Público estadual com o assistido.

O art. 5º da Lei nº 11.671 diz que são legitimados para requerer o processo de transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso. A autoridade administrativa, nesse caso, pode ser diretores de presídios, secretários do governo, delegados, dentre outros. A autoridade judiciária não está elencada no taxativo rol do artigo, logo, por motivos óbvios, não poderia solicitar, de ofício, a inclusão ou transferência de presos. A despeito disso, é possível encontrar pedidos de transferência/inclusão feitos pelo juiz de origem.

Notoriamente, porém, a maioria dos casos de transferência para o sistema federal são iniciados através de requerimentos de autoridades administrativas. São raros os que acontecem por iniciativa do próprio preso. Apesar de haver um número significativo de presos que, em tese, se encaixaria em uma das hipóteses de inclusão no sistema federal (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009), apenas alguns deles serão selecionados para entrar no sistema, de acordo com a discricionariedade e conveniência das autoridades administrativas, com o aval do Poder Judiciário. A seletividade do sistema federal é, portanto, ainda mais evidente.

Os casos de requerimento pelo próprio preso ocorrem quando há necessidade de salvaguardar a sua integridade física, conforme previsão do art. 3º, II e V, do Decreto nº 6.877/2009, cujo conteúdo será analisado no capítulo seguinte.

O requerimento de inclusão/transferência é endereçado ao juiz responsável pela execução da pena, em caso de preso definitivo, ou ao juiz que determinou a prisão, no caso de preso provisório. São estes os chamados juízos de origem. Após parecer do Ministério Público e manifestação da defesa técnica obrigatória, o juiz da origem decide se é caso de transferência para o sistema federal ou não. Caso decida pela inclusão no sistema federal, o processo é remetido ao Juiz Federal Corregedor competente. O juiz federal, após ouvir

o Ministério Público Federal e a defesa técnica, profere uma nova decisão, aceitando ou não a inclusão do preso no sistema federal. Nessa decisão, o juiz ederal deve avaliar se o preso possui o “perfil federal” e não somente verificar as condições objetivas ou se há vagas disponíveis.²⁰ Em suma, para inclusão do preso em uma penitenciária federal, se exigem duas decisões, de distintos juízos. Trata-se de um duplo juízo de admissibilidade.

Todavia, em caso de decisão denegatória da inclusão ou transferência pelo juízo federal, o art. 9º da Lei nº 11.671 possibilita ao juízo de origem a esdrúxula hipótese de suscitar conflito de competência perante o tribunal competente. Apesar da nomenclatura, tecnicamente não se trata de um conflito de competência, já que a própria lei confere aos dois juízos a competência para decidir sobre a inclusão no sistema federal.²¹ O conflito de competência da Lei nº 11.671 permite, na verdade, um novo julgamento sobre o mérito da inclusão, em face da irresignação do juízo de origem com a decisão denegatória do juiz federal corregedor.²²

“(…) a figura prevista no diploma legal não caracteriza propriamente um conflito de competência. Conflito há quando dois juízes reputam-se competentes para decidir o mesmo caso ou quando ambos reputam-se incompetentes. No caso presente, porém, não há conflito, mas sim mera contradição entre a decisão do juízo de origem que entende necessária a transferência ou a sua renovação e a decisão do juiz federal competente, que considera qualquer das duas medidas desnecessárias. Entretanto, cada um atua na sua esfera de competência, um deferindo a solicitação de transferência ou de permanência dos legitimados na origem e outro decidindo sobre a admissão ou permanência, a partir da solicitação, do preso no estabelecimento prisional federal”.²³

²⁰ ENUNCIADO Nº 34 - Nos termos dos arts. 4º e 5º, § 4º, da Lei n. 11.671/2008 e do art. 7º do Decreto n. 6.877/2009, compete ao juiz federal corregedor do presídio decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão, valorando o mérito do pedido, não se limitando sua jurisdição à análise de requisitos referentes às condições da unidade prisional. (Editado no III Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

²¹ “A divergência entre os juízes não constitui tecnicamente conflito de competência como conceitua a lei, pois na verdade há apenas discussão administrativa entre as autoridades judiciais com competência material própria” (STJ, Terceira Seção, CC 2011/0210498-1/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgamento 23/11/2011, DJe 01/12/2011).

²² Segundo Fredie Didier Junior, o conflito positivo de competência ocorre quando dois ou mais juízes se dão por competentes para o julgamento da mesma causa, devendo ser dirimido para que apenas um deles seja declarado competente e possa julgar a causa (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2007, pg. 167).

²³ II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal

Apesar de ser remédio apto a ensejar a reforma da decisão de inclusão/transferência, o conflito de competência, tecnicamente, também não é um recurso, pois além de não atender ao princípio da taxatividade,²⁴ falta ao juiz de origem legitimidade e interesse em recorrer. Segundo o art. 996 do NCPC, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”. O juiz de origem não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses. Por esse motivo, recomendou-se, no II Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal, uma alteração legislativa ao art. 9º da Lei nº 11.671, na qual se extinguiria o malfadado conflito de competência, substituindo-o pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento, do CPC, que seria mais célere do que o agravo em execução. A legitimidade para interposição do agravo seria daqueles previstos no art. 5º da Lei nº 11.671.²⁵

Como não se trata de recurso, não há intimação do preso para apresentação de contrarrazões, já que não é parte do conflito e, portanto, não exerce seu direito de defesa, a não ser que se habilite nos autos como terceiro interessado. Nesse ponto, mais uma dificuldade prática surge aos presos federais que, na maioria dos casos, não exercem qualquer participação nos conflitos de competência.

A permanência no Sistema Penitenciário Federal, em tese, será sempre excepcional e por prazo determinado. É o que prescreve o art. 10 da Lei nº 11.671/2008. O período de permanência não poderá exceder 360 dias, podendo ser renovado, entretanto, sucessivas vezes. No caso de renovação, é necessário que o juízo da origem se manifeste expressamente

²⁴ “Recurso é somente aquele previsto em lei” (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 2008, pg. 48).

²⁵ “Alteração do art. 9º da Lei nº 11.671/08: Art. 9º. Rejeitada a transferência, os legitimados para requerer a transferência ao juiz de origem poderão agravar da decisão do juiz federal responsável pelo estabelecimento penal federal ao Tribunal Regional Federal competente, que o apreciará em caráter prioritário”. Fundamento: “Deve competir exclusivamente às autoridades federais, especialmente ao juiz federal responsável pelo estabelecimento prisional, a decisão quanto à admissão ou à renovação da permanência, sendo de se observar que são as autoridades federais que têm melhores condições de avaliar a viabilidade da admissão e da renovação da permanência do preso, já que para isso devem ser consideradas as vagas disponíveis e a necessidade de atender outras solicitações e prioridades. A permanecer o atual sistema, corre-se o risco de perder-se o controle sobre os presídios federais, ficando eles sujeitos às decisões de juízes distantes dos presídios. De todo modo, para que a questão não fique sujeita à resolução de uma só instância, prevê a proposta a possibilidade dos órgãos legitimados na origem para solicitar a transferência ou permanência recorrerem ao Tribunal Regional Federal competente contra eventual rejeição da transferência ou da permanência pelo juiz federal responsável pelo estabelecimento prisional. Por sua maior celeridade e praticidade, propõe-se que o recurso siga o procedimento do agravo de instrumento da lei processual civil, pois o recurso equivalente na lei processual penal, o recurso em sentido estrito, tem tramitação lenta e demorada. (Editado no II Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal)

pela mesma e que o Juiz Federal Corregedor a aceite. Rejeitada a renovação, pode o juízo de origem suscitar o conflito de competência, conforme previsão do art. 10, § 5º, da Lei nº 11.671/2008. Durante a tramitação do conflito de competência, o preso permanece custodiado no presídio federal (art. 10, § 6º, da Lei nº 11.671/2008).

Não se olvida, nesse ponto, que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito do teor do Enunciado nº 34 do *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal²⁶ têm reiteradamente decidido, nos conflitos de competência (tanto para inclusão/transfêrencia, quanto para renovação da permanência), que a decisão do juiz da origem deve prevalecer sobre a decisão do juiz corregedor²⁷. Essa é a maior preocupação atual entre os profissionais que atuam nas penitenciárias federais, conforme registrado no VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal, em setembro de 2015. Esse entendimento “transformou o duplo juízo de admissibilidade em somente um: o do juiz de origem”.²⁸

“Essa jurisprudência estimulou alguns juizes a prodigalizar o conflito de competência, a ponto de manejá-lo, mesmo sem previsão legal, para todas as hipóteses em que o juiz corregedor do presídio federal, independentemente do motivo, divergindo do juiz de origem, determina a devolução do preso. Isso tem ocorrido mesmo nos casos em que a devolução decorre de benefício concedido (progressão de regime ou livramento condicional, por exemplo) no processo de execução penal”²⁹

Nessa mesma linha, e contrariando o entendimento do Enunciado nº 24 do Fórum Per-

²⁶ ENUNCIADO Nº 34 - Nos termos dos arts. 4º e 5º, § 4º, da Lei n. 11.671/2008 e do art. 7º do Decreto n. 6.877/2009, compete ao juiz federal corregedor do presídio decidir sobre a necessidade, adequação e cabimento da inclusão, valorando o mérito do pedido, não se limitando sua jurisdição à análise de requisitos referentes às condições da unidade prisional. (Editado no III *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal).

²⁷ “Não cabe ao Juízo Federal discutir as razões do Juízo Estadual, quando solicita a transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima, assim quando pede a renovação do prazo de permanência, porquanto este é o único habilitado a declarar a excepcionalidade da medida” (CC n. 120.929/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze Terceira Seção, DJe 16/8/2012). No mesmo sentido: CC 127917/RJ; CC 138260/RJ; CC 124362/RJ; CC 130808/RJ; CC 132365/RJ; CC 130713/RJ, CC 125871 / RJ. Em sentido contrário, registre-se o CC 122503/ES e CC 140473/CE.

²⁸ VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

²⁹ Idem.

manente,³⁰ o STJ tem decidido pela permanência no Sistema Federal, ainda que o juízo federal tenha concedido benefício de progressão de regime ou livramento condicional.³¹

“Esse panorama jurídico traçado tem trazido três efeitos por demais nefastos e que precisam ser equacionados: (1) Alguns estados da federação, com a clara demonstração de que adotam a política de que preso bom é preso longe, depois que conseguem incluí-lo em presídio federal, não permitem a volta, suscitando conflito de competência; em outras palavras, a estada em presídio federal, que deveria ser excepcional e temporária, torna-se definitiva. (2) O preso fica cumprindo a pena integralmente no regime fechado, sem direito a progressão, nada obstante o juiz corregedor entenda que ele faz jus a esse benefício e o Supremo Tribunal Federal tenha sufragado posição de que essa circunstância malfere o princípio constitucional que impõe a individualização da pena. (3) Não raro há excessiva demora na solução do conflito de competência, que extrapola o prazo de 360 dias, de modo que o detento termina ficando recolhido no presídio federal mais uma temporada, gerando uma espécie de prorrogação branca ou por decurso de prazo. No final, o preso recebe como resposta ao conflito a decisão de que o incidente resultou prejudicado, pela perda do objeto. E assim, de perda de objeto em perda de objeto, o preso continua no presídio federal e perde a esperança de sair de lá, o que alimenta a insatisfação e torna o clima entre os presos e os agentes penitenciários em geral, assim como com os juízes corregedores, cada vez mais tenso e preocupante”.³²

³⁰ ENUNCIADO Nº 24 - O preso será devolvido ao juízo de origem nos casos de concessão de progressão de regime ou de livramento condicional, assim como nos casos de incidente de insanidade mental ou de doença incurável que dependa de tratamento prolongado ou específico, inviável de ser prestado no âmbito das penitenciárias federais. (Editado no II Workshop com alteração de texto no III *Workshop*).

³¹ “Nos termos da jurisprudência desta corte, a concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado.” (CC n. 125.871/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 7/6/2013) (AgRg no CC 131.887/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 3.4.2014)

³² VI *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

1.4 Hipóteses de inclusão e transferência de presos (art. 3º do Decreto nº 6.877/2009)

O art. 3º da Lei nº 11.671/2008 prescreve que “serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso”. A utilização de um conceito jurídico indeterminado (interesse da segurança pública) revela a inconstitucionalidade do artigo, que macula frontalmente o princípio da legalidade, tendo em vista que uma de suas funções é a proibição de incriminações vagas e imprecisas. A utilização de uma cláusula aberta, nesse caso, revela-se perniciososa, pois transfere o seu preenchimento integralmente ao Poder Judiciário, de acordo com a discricionariedade do mesmo. No afã de preencher o vácuo normativo deixado pelo artigo, o Decreto nº 6.877/2009, em seu art. 3º, traz seis hipóteses de inclusão no Sistema Federal, traçando o “perfil federal” e, aparentemente, extrapolando a sua função regulamentadora.

“Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem”.

Para minimizar as imprecisões, o referido artigo deve sempre ser interpretado à luz do art. 3º da Lei nº 11.671/2008. Assim, não basta que o preso possua uma das características arroladas no artigo 3º do decreto, mas a internação também deve ser medida imprescindível ao interesse da segurança pública ou do próprio preso. Vale sempre lembrar que o cumprimento de pena em penitenciária federal é medida excepcional e, por esse motivo, deve ser sempre a última opção.

A primeira hipótese para federalização da execução penal é quando o preso desempenhou função de liderança ou teve participação relevante em organização criminosa. Conforme afirmado alhures, foi justamente para desarticular as organizações criminosas que o Sistema Penitenciário Federal foi criado, sendo sintomático que o artigo seja inaugurado com essa hipótese. Há, neste inciso, inequívoca violação ao princípio penal do *non bis in idem*, uma vez que a participação em organização criminosa, por si só, já é motivo para condenação criminal, havendo, ao menos, dois tipos penais previstos em nossa legislação para esta conduta.³³

A despeito disso, importante ressaltar, que não basta mencionar no requerimento de inclusão/transfêrencia que o preso é líder ou tem participação relevante em organização criminosa. O juiz de origem que fizer essa alegação deverá encaminhar, juntamente com o pedido, elementos que corroborem essa afirmação.³⁴

Em segundo lugar, não basta a participação relevante em qualquer organização criminosa para ocorrer a transferência. Deve a organização criminosa também ser relevante, o que significa, por exemplo, estar ativa, possuir membros fora do sistema penitenciário e/ou ter grande poder aquisitivo. Do contrário, tal medida não atenderá aos interesses da segurança pública.

No inciso II, a transferência ocorre quando o preso comete crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem. Nesse caso, o risco não pode ser fundamentado apenas pela função anteriormente exercida pelo preso. Assim, se o preso é policial militar, por exemplo, não se pode fundamentar a transferência com base no risco que correria em função do cargo que exercia. Os militares devem ser recolhidos em presídios militares, enquanto que o ex-militar que foi excluído da corporação, deve ser encaminhado para alas específicas nos estabelecimentos penais comuns. Na prática, verifica-se que a pretexto de resguardar a integridade física, estão incluindo presos em sistema muito mais rígido e restritivo.

O inciso III traz a hipótese de federalização da execução para cumprimento de pena em regime disciplinar diferenciado. Tal inciso, todavia, somente se justifica em face da inope-

³³ Código Penal, Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. **Lei nº 12.850/2013**, Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

³⁴ ENUNCIADO Nº 39 - O juízo de origem que alegar ser o preso membro de facção criminosa deverá encaminhar, com o pedido, elementos que corroborem a afirmação. (Editado no III Workshop do Sistema Penitenciário Federal).

rância de alguns estados que ainda não possuem presídios adequados para cumprimento de pena em RDD. Do contrário, não há sentido em transferir a execução apenas com esse objetivo. Vale dizer que a constitucionalidade do RDD está sendo questionada no STF, na ADI/4162, proposta pelo Conselho Federal da OAB, ainda pendente de julgamento. José Afonso da Silva, em parecer anexado à petição inicial da referida ADI, faz dura crítica ao RDD, mas que também serve ao sistema federal:

“O RDD é, na verdade, uma alternativa encontrada pelo Estado para, tentar enfrentar o crônico problema da permeabilidade dos estabelecimentos carcerários ao mundo exterior e à incapacidade da Administração de controlar o ambiente prisional, assim como a ineficiência do sistema no que diz respeito à separação dos presos conforme seus antecedentes, sua periculosidade e características pessoais, prevenindo a formação das ditas facções criminosas”.

No que tange ao inciso IV, trata-se da hipótese de transferência no caso de ser o preso membro de quadrilha ou bando envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça. Enquanto que o inciso V traz a hipótese do colaborador ou delator premiado, quando essa condição represente risco à integridade do preso. Trata-se da segunda hipótese de inclusão no sistema federal para proteção da integridade física do próprio preso.

Por fim, no último inciso, o decreto prevê a hipótese de inclusão no sistema federal no caso do preso se envolver em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem. Trata-se, também, de outro relevante inciso, uma vez que o sistema federal se tornou uma válvula de escape dos sistemas estaduais. Sempre que ocorre uma rebelião, diversos presos são enviados às penitenciárias federais, muitos deles sem o chamado “perfil federal”. São punidos para servir de exemplo aos demais presos, confiando-se no poder dissuasório da medida. Constatando esse fato e tentando coibi-lo, foi criado o enunciado nº 19 do *Workshop* do Sistema Federal no sentido de que “uma rebelião, por si só, não autoriza a transferência de todos os detentos envolvidos que não possuam perfil para o Presídio Federal”.³⁵

Alguns desses presos, relatam que após retornar ao sistema penitenciário estadual, com o status de preso federal, são mais temidos e respeitados do que antes. Isso porque, durante a estadia no sistema federal, terá o preso a chance de se relacionar com o alto escalão de

³⁵ Editado no II *Workshop* do Sistema Penitenciário Federal.

grandes organizações criminosas, o que lhe dará notoriedade e *status* no ambiente prisional. A passagem pelo sistema penitenciário federal representa, portanto, uma espécie de promoção na carreira criminal do preso, ainda que involuntária. Relatam, ainda, que qualquer acontecimento que ocorra na penitenciária após o seu retorno passa a ser imputado a eles, ocasião em que acabam voltando ao sistema federal. No 3º Encontro Nacional de Defensores Públicos Federais,³⁶ esse fenômeno foi batizado como “superestigmatização” dos presos federais, em palestra proferida pelo Defensor Público Filipe Augusto dos Santos Nascimento que atuou por alguns anos na Penitenciária Federal de Mossoró/RN.

2. AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS PRESOS FEDERAIS: A MÁXIMA EXPRESSÃO DO DIREITO DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O Direito Penal do Inimigo

O direito penal do inimigo idealizado por Günther Jakobs encontra fundamento filosófico, de acordo com o autor, nas teorias contratualistas de Rousseau e Hobbes, sob o fundamento de que o inimigo se afasta, permanentemente, do contrato social pactuado com o Estado, rebelando-se contra este e deixando de ser cidadão.³⁷

O inimigo, de acordo com o referido modelo, é tratado mediante a supressão de seus direitos individuais e garantias fundamentais, sendo punido com rigores de guerra em nome da segurança pública. Assevera Günther Jakobs que o Estado pode proceder de dois diferentes modos em relação aos delinquentes: tratando-os como cidadãos que cometeram um delito ou como inimigos “que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico”.³⁸ Conforme assevera José Joaquim Gomes Canotilho, com o direito penal do inimigo a pena passa a objetivar uma “repressão expiatória através da segregação e neutra-

³⁶ III Encontro Nacional de Defensores Públicos Federais, ocorrido em Brasília, entre os dias 03/04/2013 a 06/04/2013.

³⁷ JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas, 2007, p. 25.

³⁸ *Ibidem*, p. 42.

lização do criminoso”.³⁹

De acordo com Jesús Maria Silva Sánchez, trata-se da “terceira velocidade”⁴⁰ do direito penal, no qual o direito penal do cárcere concorre com uma “ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e garantias processuais.”⁴¹ Conforme alertado por Foucault, a pena é “dosada não pela importância da culpa ou do prejuízo, mas por aquilo que é útil à sociedade”.⁴² Para Manoel Cancio Meliá, “o conceito de Direito penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não-Direito penal”⁴³, já que se trata de um direito penal do autor, quando “‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que só seja em espírito, é suficiente.”⁴⁴

Lastreando-se na teoria do direito penal do inimigo, o Sistema Penitenciário Federal inaugura, através de um discriminatório critério de seleção, uma sequência lógica de violações aos direitos individuais dos presos. Não se olvida que restrições aos direitos individuais são admitidas, desde que, conforme Robert Alexy, aos princípios colidentes seja “atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”.⁴⁵ No entanto, a inexistência de critérios legais taxativos, aliada ao subjetivismo do intérprete e o alto grau de inquisitorialidade⁴⁶ do procedimento, faz do processo de inclusão e

³⁹ CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, 2008, p. 237.

⁴⁰ Nesse sentido, o direito penal de “primeira velocidade” corresponderia ao modelo tradicional de aplicação da pena de prisão, aliado ao rígido respeito aos princípios político-criminais clássicos; já o direito penal de “segunda velocidade” seria marcado não pela pena de prisão, mas por penas restritivas de direitos e pecuniárias, aliado, todavia, a uma flexibilização proporcional de princípios e garantias fundamentais (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**, 2011, p. 183).

⁴¹ Idem. Ibidem, p. 183.

⁴² FOUCAULT, M. **A Sociedade Punitiva**: Curso no Collège de France (1972-1973), 2015, p. 31-32.

⁴³ JAKOBS, G; MELIÁ, M C. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas., 2007, p. 66.

⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 81.

⁴⁵ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 296.

⁴⁶ Segundo Salo de Carvalho, “a regra do poder penal é o *inquisitorialismo*”, sendo mais correto “ao invés de dicotomizar os sistemas processuais penais em acusatório e inquisitório, identificar os graus de inquisitorialismos presentes nos distintos momentos históricos, nos diversos discursos de legitimação e nas diferentes leis processuais penais” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**: 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169).

transferência um decisionismo disfarçado.⁴⁷

2.2. As violações aos direitos individuais dos presos federais

Como dito, a impossibilidade de controle racional do ato decisório de inclusão no Sistema Penitenciário Federal inaugura uma cadeia sequencial lógica de violação aos direitos individuais do preso. A primeira violação aos direitos fundamentais dos presos federais que se percebe, ocorre em relação ao princípio da legalidade. Segundo André Puccinelli Júnior, o princípio da legalidade “celebra o primado da lei sobre o arbítrio estatal, representando o mais avançado marco do Estado de Direito”.⁴⁸ A Lei nº 11.671/2008, por sua vez, não define com precisão as hipóteses de inclusão nas penitenciárias federais, o que se tentou fazer através do Decreto nº 6.877/2009 que, além de extrapolar sua função regulamentadora, igualmente não obteve sucesso, ante à sua imprecisão, já que trouxe uma série de situações autorizadoras.

Desse modo, além da violação por si só ao princípio da legalidade, a ausência de critérios objetivos definidos em lei viola também outros direitos individuais do preso na medida em que transfere ao arbítrio estatal o preenchimento de uma norma aberta.⁴⁹ Tal discriminação na seleção dos presos, portanto, representa grave lesão à isonomia, uma vez que permite tratar de maneira diferente pessoas em semelhantes situações.

Valendo-se dos estudos de Manoel Jorge e Silva Neto, esclarece-se que quando “a discriminação é consumada em razão de uma situação de fato que a determina, está-se diante da discriminação legítima”, enquanto que a discriminação ilegítima ocorre quando “não há correspondência entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de

⁴⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, a crítica mais frequente à metodologia da teoria dos princípios de Alexy “é aquela relacionada à racionalidade do processo de solução de colisões entre princípios, o *sopesamento*”. Segundo esse pensamento crítico, portanto, “todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado”, tendo em vista a inexistência de critérios racionais (SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2011, p. 146).

⁴⁸ JÚNIOR, A. P. **Curso de Direito Constitucional**, 2012, p. 218.

⁴⁹ Para Flávia Piovesan “os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado”. (PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**, 1998, p. 127-128).

fato”,⁵⁰ o que é verificado durante o processo de inserção dos presos no sistema federal.

O processo de seleção dos inimigos e a execução de suas penas também resulta em inegável dano à honra e à imagem dos presos federais. Segundo José Afonso da Silva, “a moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial”.⁵¹ Inegável, portanto, que, ao receber a rotulação de criminoso federal, uma grave ofensa à honra do preso será perpetuada, já que as próprias hipóteses de federalização da execução penal, em tese, indicam se tratar de pessoas muito perigosas.

Neste sentido, mencionamos acima o fenômeno da “superestigmatização” dos presos federais. Segundo a teoria do interacionismo social,⁵² o cárcere age na formação de uma identidade desviante, mediante um complexo processo psicológico em que o condenado passa a assumir uma nova imagem de si mesmo. O isolamento agrava este processo, na medida em que dessocializa os presos, mantendo-os distantes da sociedade e da família. O rótulo dado ao preso federal é muito mais pesado do que aquele imposto a um preso “comum” e certamente o acompanhará por toda vida, sendo bem provável que se apresente como um grande empecilho em futuras entrevistas de emprego, por exemplo.

Há que se considerar, ainda, a proibição à tortura e às penas cruéis, desumanas ou degradantes, contida na Constituição da República, na Convenção contra Tortura⁵³ e em outros tratados internacionais.⁵⁴ Juan E. Méndez, Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em relatório apresentado em agosto de 2011, e em parecer jurídico

⁵⁰ NETO, M J e S. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 690.

⁵¹ DA SILVA, J.. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 1997, p. 197.

⁵² “A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um ‘commitment to deviance’, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal, 2011, p. 89-90).

⁵³ Segundo José Augusto Lindgren Alves, a segunda guerra mundial reestabeleceu com ares de sofisticação da prática da tortura, especialmente contra dissidentes os comunistas e opositores aos regimes militares. Aponta, ainda, que na década de 70, o apartheid agravou o fenômeno das torturas e dos ‘desaparecimentos’ como táticas de guerra suja. Nesse contexto histórico foi elaborada a convenção sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**, 1997, p. 145).

⁵⁴ Constituição Federal de 1988, art.5º, III; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 7º; Convenção contra Tortura, art. 1º e 16; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º.

apresentado na ADI 4162,⁵⁵ como *amicus curiae*, afirma que o “isolamento de pessoas detidas por um longo período pode constituir tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante e, em alguns casos, tortura”.⁵⁶ Esclarece que o isolamento consiste no confinamento dos presos em suas celas por 22 a 24 horas ao dia e que, em sua visão, o regime de isolamento por longo período de tempo é aquele que exceder quinze dias.

“Este regime é também conhecido pelos nomes de ‘segregação’, ‘isolamento’, ‘separação’, ‘celular’, ‘bloqueio’, ‘Supermax’, ‘o buraco’ ou ‘Unidade de Habitação Segura’ (Secure Housing Unit - SHU), embora todos estes termos possam envolver diferentes aspectos. Para os fins deste documento, o Relator Especial define regime de isolamento como o isolamento físico e social de indivíduos confinados a suas celas por 22 a 24 horas ao dia. É particularmente preocupante para o Relator Especial o uso prolongado do regime de isolamento, o que ele define como qualquer período de confinamento solitário por mais de 15 dias. O Relator tem consciência do esforço arbitrário que é definir o momento a partir do qual um regime já prejudicial se torna prolongado e, portanto, capaz de infligir uma dor inaceitável. O Relator conclui que o prazo de 15 dias representa o marco que separa o “regime de isolamento” ao “regime de isolamento prolongado”, porque, a partir deste momento, de acordo com a literatura pesquisada, alguns dos danos psicológicos causados pelo isolamento se tornam irreversíveis.

(...) O uso do regime de isolamento por tempo indeterminado ou prolongado tem aumentado em várias jurisdições, em especial como parte da ‘guerra contra o terror’ e no contexto de ‘ameaças à segurança nacional’. Indivíduos submetidos a quaisquer destas práticas são, de certa forma, colocados em uma prisão dentro de uma prisão, e portanto estão submetidos a uma forma extrema de angústia e exclusão, o que claramente excede uma pena de prisão normal”.⁵⁷

Juan E. Méndez afirma que o uso do regime de isolamento por mais de quinze dias, sob qualquer circunstância, não deve constituir uma ferramenta legíti-

⁵⁵ Conforme exposto alhures, o Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta de constitucionalidade (ADI/4162), questionando os dispositivos da Lei que instituiu o RDD. Um dos fundamentos da ação é que o isolamento imposto no RDD constitui violação à dignidade da pessoa humana e à garantia de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante. A referida ADI ainda não foi julgada.

⁵⁶ Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Juan%20Mendez_Agosto%202011_PORT.pdf. Acesso em 15/03/2016.

⁵⁷ Idem.

ma nas mãos do Estado, recomendando a abolição dessa prática. Isso porque, segundo diversas pesquisas científicas, “depois de quinze dias agravam-se os efeitos nocivos do isolamento para a saúde mental do indivíduo, podendo chegar a níveis irreversíveis” .⁵⁸ Os estudiosos citam como efeitos nocivos desta segregação: a ansiedade, ataques de pânico, depressão, variando do baixo humor à depressão clínica, raiva, perturbações cognitivas ou distorções sensoriais, paranoia, automutilação e até o suicídio.⁵⁹

CONCLUSÃO

Além de estar eivado de imprecisões e lacunas na formulação dos diplomas normativos que disciplinam o seu funcionamento, o Sistema Penitenciário Federal viola diversos direitos individuais, gerando danos irreversíveis à vida dos sujeitos que estão submetidos a ele, na medida em que contribui fortemente para construção de um perfil sócio-psicológico que potencializa e reforça a relação daqueles com a criminalidade, consolidando a identidade criminosa e perpetuando a desviação. Nesse contexto, verifica-se a existência de uma “superestigmatização” do preso federal, já que as próprias hipóteses de federalização da execução indicam, em tese, se tratar dos presos mais perigosos. O processo de formação da identidade desviante é ainda mais pernicioso, pois ao assumir o papel correspondente ao estereótipo de “criminoso federal” que lhe foi atribuído, terá que fazer *jus* à sua periculosidade quando regressar ao convívio social.

O rigor no isolamento causa danos psicológicos irreversíveis, agravando ainda mais os efeitos nocivos desta medida. Quando mantém os presos ainda mais distantes da sociedade e da família, rotulados como grandes inimigos da nação, dificultam-se ainda mais as remotíssimas chances de ressocialização.⁶⁰ Além das relatadas violações aos direitos dos

⁵⁸ Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/ParecerMendez_sp.pdf. Acesso em 14/03/2016.

⁵⁹ SHALEV, Sharon. **Solitary Confinement and Supermax Prisons: A Human Rights and Ethical Analysis**, 2011, p. 156.

⁶⁰ “O tão sonhado êxito na ressocialização soa como mero artifício ardiloso de justificação, ou na melhor das hipóteses, como promessa utópica irrealizável. As histórias de ‘sucesso’ daqueles que emergem do sistema penitenciário são histórias de sobrevivência. Não são demonstrações da capacidade da pena para fazer o bem. A prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega” (ROSA, Alexandre Morais da. JUNIOR, Salah H. Khaled. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal, 2014, p.100).

presos federais durante o cumprimento da pena, que por si só são suficientes para se contestar o sistema, é importante também perceber as repercussões psicossociais do período de isolamento quando voltarem a viver em sociedade. O sistema federal, com seu “superestigma”, não ajuda nesse retorno.

Nesse sentido, interessante questionar, por exemplo, quem daria emprego a um egresso do sistema federal. Se o mercado de trabalho já é competitivo para “pessoas normais”, se já é difícil para um “ex-presos comum” arrumar algum emprego digno, o que dizer, então, do “perigoso preso federal”? Cinismo, ou no mínimo ingenuidade, acreditar que cursos de música e costura serão suficientes para humanizar a execução da pena em prisão federal e reverter esse processo.

Contestar o funcionamento do Sistema Penitenciário Federal não é “apenas” defender os direitos individuais das pessoas presas, mas, também, questionar a eficácia do sistema sob o ponto de vista da política criminal, na medida em que se acredita que os efeitos nocivos do encarceramento federal podem também aumentar os índices de reincidência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FDT, 1997,.

ARRUDA, Hécio. **Prisões Federais**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 7, jul. 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**: 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**: 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento**, 7ª Edição, Ed. JusPodivm, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil, Volume 3: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, 5ª Edição, Ed. JusPodivm, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)**. 1ª Ed. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Francisco Nogueira. A Gestão Penal da Pobreza no Curso da História: das origens da penitenciária às Crises Contemporâneas. **Revista da Defensoria Pública da União nº 8**. Brasília: DPU, 2015, p. 185-205.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Aspectos (In)constitucionais do Regime Penitenciário Federal**. Artigo apresentado na disciplina Aspectos Constitucionais do Processo Penal, ministrada pelo Professor Doutor Walter Nunes junto ao Mestrado da UFRN em 2013.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**: 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. JUNIOR, Salah H. Khaled. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSS, Jeffrey Ian Ross. **The Globalization of Supermax Prisons**. Rutgers University Press, 2013, e-book.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.

SHALEV, Sharon. **Solitary Confinement and Supermax Prisons: A Human Rights and Ethical Analysis**. Journal of Forensic Psychology Practice, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/15228932.2011.537582>. Acesso em 10/03/2016.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alessandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

