

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**



**Um olhar sobre o direito a intimidade e a privacidade
do recluso no ordenamento jurídico brasileiro
na execução da pena privativa de liberdade.**

CÉLIO MEDEIROS COSTA

DEZEMBRO DE 2014

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**



**Um olhar sobre o direito a intimidade e a privacidade
do recluso no ordenamento jurídico brasileiro na
execução da pena privativa de liberdade.**

CÉLIO MEDEIROS COSTA

Dissertação apresentada no Curso de
Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas –
Menção em Direito Constitucional pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra, no ano letivo de 2011/2012, sob a
orientação do Senhor Doutor Professor
António Pedro Nunes Caeiro.

DEZEMBRO DE 2014

Agradecimentos

Este trabalho é de suma importância para mim, a concretização de um sonho, e não poderia deixar de aqui explicitar o meu eterno agradecimento, as pessoas que fazem parte dessa conquista:

Ao meu tutor e amigo Fernando Marques Faustino, que é o responsável por eu ter trilhado este caminho, sou eternamente grato pelo apoio, amizade, amor, confiança, lealdade e por sempre ter acreditado em mim.

Aos meus amigos, Rafael Campos responsável por abrir as primeiras portas para esse universo de aprendizagem, a Danilo Vasconcelos por ser um parceiro de todas as horas, a família Marcão pelo acolhimento e ajuda que foram imprescindíveis para minha adaptação em Coimbra.

Ao Senhor Doutor Professor António Pedro Nunes Caeiro, por ter aceitado ser meu orientador, agradeço pelo apoio e pela disponibilidade á mim dedicado. Desde já manifesto tamanha satisfação e orgulho por ter tido a honra e privilégio de tê-lo como orientador.

Com não menos importância, manifesto os meus sinceros agradecimentos aos outros professores que integraram o Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e pelos ensinamentos que fizeram de mim o que hoje sou, e aos meus irmãos que me proporcionaram a melhor infância do mundo e me ensinaram os valores de uma amizade.

A minha segunda família, que me acolheram como um filho, e a minha irmã gorda.

A minha esposa, que trilha comigo grandes aventuras, e por estar sempre presente em minha vida. Obrigado por ser minha cara-metade.

E a todos aqueles que de alguma forma com maior ou menor grau de relevância contribuíram para a elaboração deste trabalho, o meu franco reconhecimento. Muito obrigado!

Dedico a elaboração deste trabalho:
Aos meus pais, por serem a essência da
minha existência, à minha esposa,
companheira imprescindível de todas as
horas

Abreviaturas

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do homem

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código Processo Penal

CNCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

CRP – Centro de Reabilitação Penitenciário

DADH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

LEP – Lei de Execução Penal

PCC – Primeiro Comando da Capital

PIDCP – Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Sumário

Introdução.....	09
-----------------	----

CAPITULO I

HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO RECLUSO

1- Os direitos fundamentais.....	13
2- O direito penitenciário e a prevenção como o único fim de pena.....	15

CAPITULO II

ENQUADRAMENTO NORMATIVO DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

1-Proteção constitucional.....	24
2- Proteção conferida pelos textos internacionais.....	27
2.1- No âmbito da Declaração Americana dos Direitos e Deveres o..... Homem.....	28
2.2- No âmbito da Declaração Universal dos Direitos do..... Homem.....	28
2.3- No âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do..... Homem.....	29
2.4- No âmbito do Pacto Internacional de Direitos Civil e..... Políticos.....	31

CAPITULO III

CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO RECLUSO

1- Do direito do contato do recluso com o advogado.....	33
1.1- Da realidade pártica.....	38
2- Do direito de visitas.....	43
2.1- Os objetos levados por visitantes.....	45
2.2- As visitas íntimas.....	46
2.2.1- Requisitos em que a visita íntima devera realizar-se	50
2.2.2- As questões positivas das visitas intimas	51
2.2.3- As questões negativas das visitas intimas.....	52
3- Do direito de Correspondências.....	54

3.1- Da violação e a utilização de provas ilícitas no processo.....	57
4- Do direito de conversas telefônicas.....	58
5- Do isolamento do recluso.....	63
5.1- A possibilidade de isolamento no âmbito do RDD e os Direitos Humanos.....	65
5.2- Recluso tem direito a celas individuais.....	67
5.2.1- Da realidade do sistema penitenciário brasileiros... com celas individuais.....	68
5.3- Do direito de está só.....	71
5.3.1- Da responsabilidade do Estado com o..... Recluso.....	70

CAPITULO IV

O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DA VIDA DO RECLUSO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

1 - Das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.....	75
2 - Da pena privativa de liberdade.....	78
2.1- Regime fechado.....	79
2. 2- Regime seme- aberto.....	79
2. 3- Regime aberto.....	80
3 - Os estabelecimentos penais e falência do sistema prisional	80
Conclusão.....	83
Bibliogafia.....	86

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos as sociedades e civilizações tomam as rédeas de uma discussão pró-direito em relação ao recluso, incluindo a garantia à intimidade e à privacidade, no entanto, ainda há desconfiança ao encarar esta temática.

É certo que uma repugnância advinda de alguns setores da sociedade civil é, até certo ponto, tolerável e compreensível. Desde logo, porque a massa populacional, independentemente do cargo que assuma na comunidade, é objeto de bombardeamentos constantes de (des) informação por parte da comunicação social, a qual, pela sua função contributiva para a formação da opinião pública acaba por tornar-se (negativamente) uma autêntica formaimpulsionadora de uma cultura do medo, subscrita e motivada por alguns quadrantes do setor político de espírito eleitoralista e populista, e que, ao final, tão caro sai ao ânimo comunitário.

Inadmissível será o acolhimento destas farpas demagógicas por parte da comunidade jurídica. Em um Estado Democrático de Direito é notável a necessidade de pautar o tratamento dos reclusos nos preceitos fundamentais, a fim de resguardar o pilar da dignidade da pessoa humana, trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III).

O estudo proposto nesta dissertação traz à luz a análise acerca do direito a intimidade e à privacidade do recluso no sistema penitenciário e dos regimes de cumprimento de pena, especialmente, da pena privativa de liberdade. Ora, seja ela detenção, quer seja, pela reclusão.

A garantia da intimidade e à privacidade constitui um dos princípios fundamentais da constituição federal no Estado democrático de Direito.

Dentro, deste âmbito, uma das questões que, no seio do direito a intimidade e à privacidade do recluso possar cumprir à medida que le foi imposta pelo Estado, sendo garantido sua intimidade e à privacidade dentro dos estabelecimnetos onde estes se encontram.

Deste, modo representa, direitos e deveres dos reclusos, de um lado, os reclusos deveram cumprir com seus deveres dentro dos estabelecimentos penais para com isso presevar o recluso contra arbitrio do Estado, garantindo seus diretos.

Pretende-se com este trabalho não mais do que trazer para o “nosso” fórum o debate sobre o que deve ser afinal o direito à privacidade e à vida privada do recluso

para garantir a reabilitação social dos delinquentes. Será um “fim das penas”? Será um direito dos reclusos? Será um direito além-cárcere? Terá o Estado o dever jurídico de promovê-la?

Consciente das páginas que necessariamente teriam que ser dedicadas a um estudo aprofundado da temática, que conta com uma tradição pelos legisladores e professores, o nosso trilho expositivo passará por quatro estações temáticas de paragem obrigatória.

Começaremos a traçar uma evolução histórica do direito à intimidade e à vida privada e a pena privativa de liberdade, lançando um olhar sobre os direitos fundamentais que reconhecer um conjunto de direitos pessoais, realizando – se ainda breves considerações sobre a pena privativa da liberdade enquanto instrumento de atuação, especialmente positivo, sobre o sujeito delinquente, enunciando ainda que de forma sumária, alguns dos marcos que historicamente contribuíram para a sua preponderância como finalidade última da intervenção penal.

Seguidamente, problematizaremos o enquadramento normativo do direito à intimidade e à vida privada no âmbito do direito comparado, navegando assim pela constituição do Brasil, Portugal, Itália, Turquia, Chile, Bélgica, Argélia, França, Alemanha, Suriname, Coreia, Peru, Colômbia e a da Espanha. Estas constituições estabelecem como valores humanos de cunho protetivo os conferidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Tradicional modelo de proteção!

Posteriormente, averiguaremos as características do direito à intimidade e à vida privada do recluso. A vida privada do detento está protagonizada pelos direitos de contato com o advogado, direito à visita, inclusive íntimas, direito de correspondência, direito de conversas telefônicas e isolamento do recluso. Este último deixa, ao mesmo tempo, a impressão de ser direito e punição. No entanto, envolvem outras questões, nomeadamente a direitos e deveres do preso, devendo ser resguardados da execução punitiva, ou seja, mais do que um fim, a intimidade e privacidade deve ser mantida para o devido cumprimento da pena.

Sendo assim, estamos diante de direitos e deveres do encarcerado, bem como da batalha trilhada entre ambos, pois de um lado está o dever do Estado para com a sociedade, de outro para com a garantia dos direitos do recluso.

Por último, lançaremos a questão do direito à intimidade e à privacidade da vida do recluso no sistema normativo brasileiro, analisando as relações entre princípios, diretamente relacionado ao desenvolvimento histórico do tratamento do preso, caracterizando-o como um direito social. Diante disto, surge a indagação se o âmbito de eficácia de proteção ao direito à intimidade e privacidade do detento deverá extrapolar os muros penitenciários para vir abranger também os ex-reclusos, sempre marcados pelo estigma do encarceramento.

CAPÍTULO I HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Antes de qualquer consideração acerca do direito à intimidade e à vida privada é necessário estabelecer a diferença entre os vocábulos. Privacidade é o direito de ocultar do conhecimento alheio relações marcadas pela confidencialidade¹, já a intimidade é o direito de estar só².

O Direito à intimidade e à vida privada não foi reconhecido dentre as primeiras Declarações de Direitos do Século XVIII, nem expressa construção jurídica antes do final do Século XIX, no entanto, vale dizer que de forma reflexiva, os princípios gerais e os direitos consagrados naquela época protegiam e alcançavam os objetivos hoje traçados pelo conceito de intimidade e privacidade.

A garantia à intimidade da vida privada e familiar ou direito à privacidade enseja hoje uma disciplina própria, divergindo do tratamento jurídico advindo dos institutos clássicos, sem uma proteção específica.

A proteção a esses direitos foi necessária devido à evolução do homem e a busca por sua dignidade, representando a luta contra a opressão e o arbítrio decorrente do desenvolvimento da sociedade, o crescimento das cidades, a criação das relações de consumo, o avanço da tecnologia, a intimidade e à vida privada, passando a exigir um sistema de proteção aos perigos dos novos tempos.

Segundo ensinamento de José Adércio Leite Sampaio: “[...] *não obstante, julgamos que, em princípio, a história dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, nesse sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais*”³.

A intimidade trazida pelo direito privado no ordenamento jurídico brasileiro está bem resguardada, contudo ao falarmos de intimidade e vida privada do delinquente adentra-se em um rol de direitos e deveres restringidos por parte do Estado.

¹ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt: Companhia das letras, p. 239 – 240.

² Conforme indeia geral estraida do livro de Paulo José da Costa JR. O Direito de Esta Só: Tutela Penal da Intimidade. 4º. Edição, revista atualizada: Editora Revista dos Tribunais. p. 25.

³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 34.

O sistema penitenciário, em regra, deveria constituir um lugar onde o recluso é portador de direitos e deveres. Entretanto, o sistema prisional como na prática conhecemos reduz as garantias individuais, os direitos fundamentais, e os direitos humanos, oprimindo, através da pena privativa de liberdade, a dignidade constitucionalmente garantida a todos os seres humanos, bem como o direito como matéria, saber e conhecer jurídico dentro de toda a sua evolução, pois é generalizada a tendência consistente em efetivar e multiplicar os direitos fundamentais dos presos sempre em prol de toda a coletividade. O que não pode ocorrer é que sobre esse fundamento seja favorecida alguma, ou algumas classes de reclusos, mas, tendo como ponto de partida um equilíbrio, para que se cumpra a verdadeira função da pena.

Assim, cabe ao direito penal, para que se cumpra o primado da dignidade dos detentos sem que haja inefetividade do caráter punitivo da pena, regular as relações sociais nos seus espectros mais relevantes, portanto, seleciona comportamentos mais ofensivos à coletividade, definindo os delitos e impondo-lhes as penas devidas, além de estabelecer normas gerais necessárias à estrutura da sociedade. Desta forma, exerce a função de controle social com caráter fragmentário e subsidiário, seguindo o princípio de intervenção mínima deste ramo do ordenamento jurídico.

1 - Dos direitos fundamentais

Conforme preceitua José Adércio Leite Sampaio, em um estudo de Direito à Intimidade e à Vida Privada preceitua *“que no cerne do direito à vida privada se encontra a própria independência do homem livre perante o Estado”*⁴.

O domínio da privacidade não está submetido ao controle público, sendo assim, deve ser tratado como o direito de livre decisão, *“como bem revela o significado da sua matriz etimológica, o termo *privatu*: foro do Estado, pertencente à pessoa ou ao individuo mesmo”*⁵.

Assim, o direito à vida privada leva em consideração a autonomia da pessoa humana, como a liberdade de tomar decisões sobre assuntos íntimos, que

⁴*Ibidem.*

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade..., p. 35.

estãodemonstradas nas primeiras declarações de direitos que revelam como garantias de independência a inviolabilidade da pessoa, da sua casa e de suas correspondências.

As proibições contidas no Capítulo 39 da Carta Magna Inglesa têm a seguinte disposição: *“Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”*⁶.

As garantias constitucionais dos direitos fundamentais são uma conquista da humanidade e um elemento essencial para um Estado Democrático de Direito, garantindo os direitos individuais.

Sendo encontradas manifestações de constitucionalismo na era antiga, a Professora Doutora SUZANA TAVARES DA SILVA, estabelece que: *“[...] É um fenómeno bem mais recente, o fio condutor deste curso – a garantia, proteção ou efetividade dos direitos fundamentais – pois se afã de fundamentar os direitos tem permitido interessantes e frutíferas discussões, mormente entre as teses jusnaturalista, as de matriz cultural e as de base positivista-voluntarista, a verdade é que o problema mais premente hoje é o da respetiva proteção ou efetivação através da sua concretização aplicativa”*⁷.

Assim podemos notar que os direitos fundamentais estão resguardados nas constituições, é o caso da Constituição brasileira que traz em seu art. 1º, *“os princípios fundamentais”*.

⁶ No free man shall be arrested, or detained in prison, or deprived of his freehold, or outlawed, or banished, or in any way molested; and will not set forth against him, nor send against him, unless by lawful judgment of his peers and by the law of the land. A Magna Carta conhecida como “Grande Carta” lançada originalmente em Latim no ano de 1215, cujo nome completo é *Magna Charta Libertatum* seu *Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (grande carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês), compondo-se de 63 artigos ou causas, sendo o artigo 39, uma das maiores importâncias ao longo do tempo, pois com este artigo o rei devia julgar os indivíduos conforme a lei, seguindo o devido processo legal, e não segundo a sua vontade, até então absoluta, garantindo assim o direito e a justiça.

⁷ Neste sentido, BALAGUER Callejón Francisco, *apud* SILVA, Susana Tavares da, Direitos Fundamentais na Arena Global, Coimbra, p. 13.

2 - Do direito penitenciário e da prevenção como o único fim da pena

A problemática em torno da regeneração social dos delinquentes aparece na história do direito criminal umbilicalmente ligada à progressiva supremacia daquele que é o atual satélite dos instrumentos sancionatórios penal: a pena de prisão.

Enquanto autônoma sanção criminal nasce por volta do século XVIII, como produto do *zeitgeist* da modernidade, marca do fim da Idade Média e nascimento do liberalismo econômico-social no seio da reação das emergentes classes burguesas às decadentes sociedades feudais. Até aí, era utilizada apenas como meio de custódia, de aplicação excepcional, uma “antessala do suplício”⁸, onde os criminosos passavam antes de lhes ser executados a pena a que haviam sido condenados, normalmente penas “infamantes”, como a exposição no pelourinho e, entre nós, a figura do degredo, mas, sobretudo penas corporais, com especial destaque para a pena de morte⁹.

O movimento *filosófico Iluminista*, que trouxe pelo contexto do “*humanismo e racionalismo ideológicos*”, durante a idade moderna as grandes mudanças políticas, econômicas e sociais pela emancipação do livre arbítrio e colocação da culpa do agente no centro do sistema punitivo, a pena de prisão surge como resposta ao absolutismo estatal que caracterizava o Estado-Polícia¹⁰, ainda demasiado ligado a uma legitimação divina do Direito e a uma falsa ideia de representação do soberano como o porta-voz da divindade na terra, por atuação de quem se realizaria a vontade de Deus sobre os mortais, punindo o pecado (crime) através de um castigo (pena) mediante o qual se expiava o mal contido no primeiro¹¹ e se realizaria o ideal de Justiça.

Apesar da sua índole eminentemente retributiva de justa paga de um mal através da imposição necessária de outro mal, à qual subjazia uma lógica de “*olho por olho*,

⁸ Expressão devida a CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, que pode ser encontrada em: C:\Users\jp\Documents\TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. mht.

⁹ Cfr. CORREIA, Eduardo, “Assistência Prisional e Post-Prisional”, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano 2, 1956, p. 337-338.

¹⁰ FERRAJOLE, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, ob. cit., p. 567 – 569.

¹¹ Daí que a posterior tendência de reconhecimento de fins às penas e de mãos dadas com a progressiva “secularização do direito penal” e com a subsequente substituição da legitimação teológica e metafísica por um critério (terreno) de necessidade de intervenção penal para a prevenção e cometimento de novos crimes. Aquela expressão é da autoria de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, no seu *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 31.

dente por dente” típica do arcaico¹² princípio de Talião e que na época das Luzes era advogada por nomes como IMMANUEL KANT, GEORG WILHELM FRIEDERICH HEGEL¹³ e KARL LUDWIG LORENZ BINDING, a autonomização da pena de prisão como sanção principal representou o primeiro passo para a humanização das ciências penais, precisamente por trazer implícita uma preocupação com a dignificação da execução penal, não só porque era avessa à humilhação físico-psicológica dos reclusos, mas, sobretudo porque seria referida à culpa revelada pelo agente quando do cometimento do crime, a qual se expiaria através do cumprimento sancionatório.

Uma das figuras mais imponentes deste movimento, geralmente referenciado como Escola Clássica, foi CESARE BECCARIA. Na sua obra “*Dei Delitti e Delle Poene*”, BONESAMA tratou de impor a dignidade e a liberdade humana como limites conceptuais à aplicação punitiva. Porventura já com uma visão utilitária, mais avançada que os adeptos da pena puramente retributiva, do seu discurso se depreendiam a preocupação em atribuir às penas criminais determinadas finalidades, mormente preventivas, o que acabaria por constituir um verdadeiro “pontapé de saída” para a posterior proliferação das chamadas teorias relativas ou de prevenção.

A dada altura, o autor afirmava que: “[...] *o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido. Poderá, num corpo político – que, bem longe de agir pela paixão, é o tranquilo moderador das paixões particulares –, poderá albergar-se esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos tiranos débeis? Os gritos de um infeliz reclamam porventura do tempo que não retorna as ações já consumadas? O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolherem-se as penas e o método de afligi-las de tal*

¹² É incrível notar como a Justiça encarada enquanto *vendetta*, de todo o modo sempre mais reconfortante para o ofendido, mas totalmente despropositada para qualquer Estado de Direito democrático, ainda subsiste em algumas partes do globo. Vide, a título de curiosidade a recentíssima notícia: <http://clix.visao.pt/olho-por-olho-vai-permitir-a-mulher-cegar-agressor-com-acido=f602770>.

¹³ O primeiro, subscritor de uma retribuição puramente ética, de correspondência entre a culpa referida ao delito e o cumprimento da pena como justa paga pelo mal cometido; o segundo, na mesma linha, mas oferecendo contornos jurídicos a essa proposição, esclarecendo no seu *Grundlinien der Philosophie des rechts* que o crime como negação do direito, teria na pena aplicável ao seu autor a negação da negação (que era o crime) pelo que só por via do cumprimento efetivo da pena se alcançaria a reafirmação do direito. Ambos os autores se opuseram fortemente a quaisquer ideais de utilitarismo, por considerarem que estes punham necessariamente em causa a dignidade da pessoa humana ao tratá-la como um mero objeto ao serviço de fins estaduais. Qualquer finalidade que não fosse a de prescrever a culpa no cumprimento da pena seria meramente latente. Para uma análise mais detalhada, vide SANTOS, José Beza dos, Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal, Coimbra: Atlântida, 1968, p. 127 e ss, 158-180.

*maneira que, observadas as respectivas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu”*¹⁴.
*Louvada ideia à qual aditaria umas páginas adiante que “mais vale prevenir os delitos que puni-los”*¹⁵.

Avançou também uma ideia que acabaria por fundamentar e justificar toda a teoria da prevenção punitiva: a intervenção estatal para ser legítima tem que ser necessária¹⁶. É esta exigência de necessidade que explica o caráter impreterivelmente subsidiário ou de *ultima ratio* da intervenção penal, conceptualmente consubstanciado no princípio da referência constitucional¹⁷ porquanto só ele compagina com a penosa intervenção do *ius puniendi* estatal na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos.

Do que foi dito, podemos já depreender, no dizer de ANABELA MIRANDA RODRIGUES que: *“falar de luta contra o crime significa, hoje, assinalar uma finalidade ao direito penal, designadamente à pena.”* Isto porque *“só esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na proteção de bens jurídicos o seu ponto de referência – responde aos problemas de legitimação do direito penal”*¹⁸.

As teorias utilitaristas ou relativas não renegam que a pena é na sua essência um *“mal para quem a sofre”*¹⁹. Todavia, compreendem que para poder retirar o mínimo e indispensável de conteúdo da liberdade individual que a cada cidadão pertence, transplantado para a prescrição legal punitiva e que permite a convivência comunitária que ao Direito no seu todo cabe assegurar, não pode a pena esgotar-se em si, isto é, [...] *não pode bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo; para, enquanto tal, se justificar, tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, a prevenção ou profilaxia criminal [...]*

¹⁴ BECCARIA, Cesare, Dos delitos e das penas, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, traduzido por COSTA, José de Faria, p. 154.

¹⁵ *Ibidem*, p.164.

¹⁶ Seguindo o modelo contratualista de MONTESQUIEU segundo o qual *“toda a pena que não deriva da absoluta necessidade... é tirânica”*, alargou-o ao dizer que *“todo o acto de autoridade de um homem sobre o outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico”*. BECCARIA, Cesare, *ob. cit.*, p. 64.

¹⁷ Também designado de *“princípio da congruência/analogia substancial entre a ordem axiológico constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal”*. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 72.

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, Novo olhar sobre a questão penitenciária, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 2002, p. 30.

¹⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito penal, parte geral, tomo I, Coimbra editora, 2004, p. 47.

*só deste modo se adequando o instrumento “pena” à própria função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos*²⁰.

Assim sendo, só a prevenção da prática de futuros crimes ao invés da sua (subsequente) repressão é defensável, de acordo com a finalidade última do direito penal: a tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais, mediante a limitação legal do poder punitivo estadual.

As finalidades preventivas dos crimes, já o sabemos, dividem-se em dois quadrantes com objetivos distintos, dentro dos quais é usual proceder-se a uma subdivisão de tipos. Assim e de forma breve, às penas podem assistir finalidades: (1) de prevenção geral, com o intuito de fazer incidir a ideia de eficácia da pena sobre a consciência jurídica comunitária, ora sobre o foro psicológico dos potenciais delinquentes (negativa/de intimidação) como raízes na doutrina da coação psicológica de LUDWIG ANDREAS FEUERBACH²¹, ameaçando-os com a prescrição punitiva e efetividade da sua aplicação, ora sobre a consciência jurídica da generalidade dos cidadãos que não tivessem pré-inclinações para o crime (positiva/de integração), reforçando o seu sentimento de segurança face à violação da norma penal, contribuindo assim para a “*estabilização contra fática das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma infringida*”²²; (2) De prevenção especial ou individual, tendo como “objeto” a própria pessoa do delinquente com o propósito comum de evitar o cometimento futuro de novos crimes por parte do agente. E é esta perspectiva que merecerá maior atenção da nossa parte.

A construção dos moldes pelos quais se poderá optar para conseguir esse objetivo final de prevenção da reincidência²³ deveu muito à obra daquele que é considerado o pai da teoria da prevenção especial, o criminólogo e jurista alemão, FRANZ RITTER VON LISZT²⁴, expoente máximo da Escola Moderna alemã, publicou

²⁰ Idem. No mesmo sentido e fazendo apelo à ideia supracitada de necessidade de intervenção jurídico-penal, FRANZ RITTER VON LISZT: “*se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal é a reforçada protecção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso*”, Tratado de Direito Penal Alemão, Tomo I, traduzido por HYGINO DUARTE PEREIRA, José, F. Briguiet & C. Editores, Rio de Janeiro 1899, p. 98.

²¹ Vide, por exemplo, SANTOS, José Beleza, *ob. cit.* p. 184-186.

²² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, As consequências jurídicas do crime, *ob. cit.*, p. 73, que, todavia repete uma ideia formulada por JAKOBS.

²³ Expressão devida a ESER, *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo, Temas básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 78.

²⁴ A ideia de prevenção especial/individual da pena já teria alguma expressão na Antiguidade clássica. EDUARDO CORREIA, no preâmbulo do primeiro escrito do Instituto de Reinserção Social, intitulado

em 1882 o famoso programa de Marburgo (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*) onde expunha uma concepção tripartida das funções especiais-preventivas²⁵ da pena de prisão, variáveis consoante o tipo de delinquente que houvesse praticado o ilícito criminal²⁶.

Tal como na prevenção geral²⁷, também individualmente a coação penal veste uma função negativa e outra positiva.

Negativamente traduzir-se-ia ou na intimidação individual do agente, sempre que se tratasse de criminoso ocasional, funcionando como uma “*advertência [...] para o instinto egoísta do delinquente*”, coagindo-o psicologicamente até que não tivesse vontade de cometer mais crimes²⁸, ou na “*inocuidade*” dos criminosos habituais que, por não serem intimidáveis, devessem ser considerados incorrigíveis e apenas coagidos fisicamente, “*colocando-os em situação de não prejudicar*”²⁹ - inofensivos, se preferirmos. Neste último caso, o que se pretendia era a segregação destes indivíduos, para neutralizar a sua periculosidade e assim cumprir propósitos de defesa social. Objetivo que se atingiria impondo-lhes pena de prisão perpétua ou pelo menos de duração indeterminada, a serem executadas em estabelecimentos especiais, muito embora essa execução pudesse estar sujeita a uma eventual alteração da declaração de incorrigibilidade³⁰.

Positivamente, procurar-se-ia a correção moral do indivíduo, quando se tratassem de delinquentes habituais carecidos dessa reforma interior e que dela fossem susceptíveis, promovendo uma adesão coativa aos valores conformadores da ordem jurídica envolvente. A estes se aplicaria uma pena de prisão relativamente

Cidadão Delinquente: Reinserção social? Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 7, citando Platão: “Nenhuma pena infligida segundo a lei se estabelece para causar um mal, mas para converter em melhor o que a sofre [...]. É necessário dizer que o fim da justiça tende a isto - a quê? - a que a lei instrua a quem comete a injustiça, grande ou pequena e o constranja a não praticar jamais acções voluntárias, no futuro”.

²⁵ Como nota 32.

²⁶ Segue - se de perto a estrutura oferecida por EDUARDO CORREIA, no seu texto “A influência de V. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, in, *B.F.D.U.C.*, vol.46, 1970, p. 1-34.

²⁷ E, note-se, LISZT, Franz Ritter Von, não a renegava. Além de efeitos sobre a sociedade e sobre o delinquente, também sobre o ofendido a pena atuaria proporcionando “*a satisfação de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa à devida punição*”, tratado..., ob. cit. p. 99- 100.

²⁸ As penas com propósito de advertência seriam cumpridas em celas individuais (prisão celular), tendo um limite mínimo de 06 meses e um máximo de 10 anos. Assim, CORREIA, Eduardo, “A influência de V. LISZT...”, ob. cit., p. 13.

²⁹ Neste sentido, GROLMAN, *apud* JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. cit., p. 187, que em todo o caso atribuía a prática de crimes à “*falta de vontade recta*” do indivíduo.

³⁰ Cfr. CORREIA, Eduardo, “A influência de v. Liszt...”, ob. cit., p. 13.

indeterminada a ser cumprida em estabelecimentos especiais e de acordo com um regime progressivo³¹.

Para FRANZ RITTER VON LISZT, a pena seria susceptível de tornar o delinquente um membro útil à sociedade, sempre que lhe fossem atribuídas finalidades de intimidação ou de correção (moral), ao que chamava de adaptação artificial. Já a segregação, perpétua ou temporária, do criminoso teria um efeito de seleção artificial³².

Ligada a esta ideia de correção social, por também pretender atuar positivamente sobre a pessoa criminosa, mas em todo o caso distinta dela, está à ideologia de tratamento clínico do criminoso, defendida pela Escola Penal Positiva³³, de finais do século XIX, precursora do positivismo criminológico e da própria Criminologia.

Movimento este que, levado pela ânsia de querer estender o rigor e determinismo científicos a todos os demais domínios sociais, generalizando o método de investigação empírico-indutivo, acabou por depositar crença num paralelismo metódico entre a medicina e a política criminal.

Acreditando que o delinquente é, afinal, um doente incapaz de se determinar pela ameaça e execução das consequências punitivas, o que ideologicamente nunca faria dele um criminoso, e afirmando que o crime é uma “doença social curável” através de um tratamento terapêutico imposto pelo Estado ao condenado durante a execução da sanção de detenção – leia-se, pena de prisão para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis – a medida da punição seria oferecida pela periculosidade do

³¹ *Ibidem*.

³² LISZT, Franz Ritter Von, Tratado de Direito Penal Alemão, Tomo I, traduzido por HYGINO DUARTE PEREIRA, José, F. Briguiet & C. Editores, Rio de Janeiro 1899, p. 100.

³³ Opondo uma concepção naturalista do direito, apoiada num princípio de causalidade, ao anterior racionalismo clássico, a *Scuolla Positiva Italiana* marcou a expansão de outras ciências sociais para o campo da juridicidade. Assim, CESARE LOMBROSO (*L'Uomo Delinquent*) cria a antropologia criminal, ENRICO FERRI (*Sociologia Criminale*) lança a tese das condicionantes sociológicas, e RAFAEL GARÓFALO (Criminologia) realça a importância do elemento psicológico do indivíduo na origem do crime. Com ela nasce a criminologia científica, que, partindo do postulado determinista (leia-se, de rejeição do livre arbítrio), tinha como escopo reforçar a defesa da sociedade, o que, para eles, seria mais importante que punir segundo a gravidade da culpa. Foi este entendimento das relações entre a sociedade e o criminoso que deu fundamento às doutrinas da prevenção especial, nas suas mais extremas manifestações, na medida em que permitia a colocação do delinquente na total disponibilidade de juízos de diagnóstico e terapia. Daqui derivou a crise atual do pensamento da ressocialização como força integradora principal do fim preventivo-especial da pena, como mais à frente teremos oportunidade de ver. No entanto, para uma análise mais aprofundada da história e da atualidade criminológica, vide, ANDRADE, Manuel da Costa e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Criminologia: o Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

agente, uma vez que esta teria uma base científica, demonstrável, ao contrário da culpa tradicional ancorada no indeterminismo do livre arbítrio³⁴.

Para a escola positiva, as sanções criminais assumiriam um papel de defesa social, porventura secundário no combate ao crime em relação a outros meios preventivos, colocando um acento tônico na defesa dos interesses da sociedade em prejuízo dos interesses do indivíduo. Mas a sociedade só seria defendida enquanto se anulasse ou corrigisse a periculosidade do delinquente e, por aí, se prevenisse a prática de novos crimes por sua parte. Só esta prevenção especial ou individual da reincidência seria pressuposta para aplicação das sanções, as quais seriam medidas em função dos diferentes graus de periculosidade, durando tanto quanto fosse necessário para extingui-la. O que negativamente significaria a aplicação de penas indeterminadas, positivamente realçou a individualização das sanções criminais, em função do caráter específico do delinquente em questão.

Muito embora a doutrina penalista atribua o mérito impulsionador da teoria global da prevenção especial às escolas positivistas sociológicas, quer de origem alemã quer de origem italiana, relevantes a partir da segunda metade do século XIX, sobretudo até aos anos sessenta do século transato, o doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS estabelece como “*influência decisiva*” para essa propagação o movimento correcionalista, cronologicamente anterior às doutrinas supra referenciadas e que teve especial expressão na Península Ibérica, e em certa medida no direito brasileiro³⁵.

Não nos cumprindo analisar criticamente todas as teorias especiais-preventivas, utilizaremos de uma passagem do já citado manual do Doutor JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio...*, obra de referência pelo cuidado com que trata a temática, para expormos, ainda que de forma breve, o pensamento que suportava o correcionalismo. Para este movimento: “*O crime resulta principalmente de vontade imoral de um homem, manifestada exteriormente e dirigida à perturbação da ordem jurídica. Esta é a razão de ser da pena, que deve ter por fim imediato tornar sã a vontade pervertida que se manifestou no facto. Para isto a pena utilizará os meios adequados e justos, de harmonia com o género e grau de maldade que essa vontade revelar. Aquele ponto de partida, isto é, a vontade imoral, domina o fim da pena e vai até onde essa vontade for*

³⁴ SANTOS, José Beleza, *ob. cit.*, p. 190-200.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, ob., cit.*, p. 23, que repete no essencial o seu Temas básicos da doutrina penal, p. 79-80. A exposição, ao menos histórica que aqui será feita segue na íntegra esses escritos.

*e cessará quando ela cessar. A essência da pena não está no sofrimento, na dor, mas na correção. Por isso, não deve ser invariável, mas, depois de fixada na sentença, poderá aumentar-se ou diminuir-se, consoante a vontade imoral, persistir, ou se mostrar corrigida”*³⁶.

Tal como as concepções supramencionadas, esta correção moral também seria coativamente imposta.

Exponentes desta escola, que se espelha nas doutrinas de juristas penais como LEVY MARIA JORDÃO, AYRES DE GOUVÊA e também JOSÉ BELEZA DOS SANTOS e EDUARDO CORREIA, o pressuposto ideológico é o de que todos os homens seriam naturalmente susceptíveis de serem corrigidos³⁷, mesmo aqueles para quem a correção se afigurasse “*impossível*” ou “*desnecessária*”. Seria “*sempre possível melhorar um criminoso, por mais pervertido que esteja*” na medida em que “*o próprio facto do crime revela uma vontade que é necessária corrigir*”³⁸.

Sendo certo, como já se expôs, que às sanções criminais não podem jamais assistir quaisquer índole de retribuição, e que, por isso, às penas só podem ser atribuídas finalidades preventivas, pois só essas são legítimas do ponto de vista de intervenção do Estado sobre a vida cidadã, coloca-se a questão: de que forma é que a prevenção da reincidência criminal deve, afinal, ser prosseguida, se negativamente, intimidando ou segregando o delinquente; se positivamente, corrigindo-o moralmente ou tratando-o terapeuticamente?

Atendendo ao fato de vivermos num Estado de Direito de cunho democrático, *i. e.*, que, pelo menos idealmente, respeita e faz valer todo o rol de valores imediatamente decorrentes da eminente dignidade humana, somos desde já “forçados” a afastar da sanção penal qualquer finalidade negativa, tanto na especialidade como na generalidade. Pois a privação da liberdade com intenção meramente repressiva e temerosa foge à legitimação da intervenção punitiva do Estado.

Quer isto dizer, que as finalidades hão de ser apenas positivas, somente promovendo o melhoramento da sua capacidade de convivência social. E é aqui que a

³⁶ SANTOS, José Beleza dos, *ob. cit.*, p. 200.

³⁷ É, desde logo, esse pressuposto que marca a distinção entre o ideal correcionalista e a finalidade corretiva que VON LISZT almejava para os delinquentes habituais carecidos e propensos à correção. E foi por isso que, no contexto da Reforma Penitenciária de 1936, da qual fora encarregado JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, e fazendo jus à nossa tradição penal e prisional de índole correcionalista, o autor teve que repugnar a distinção que V. LISZT fazia, entre delinquentes habituais corrigíveis e incorrigíveis.

³⁸ SANTOS, José Beleza, *ob. cit.*, p. 190.

discussão acerca da finalidade preventiva especial das sanções criminais é dotada de todo o interesse. Discussão essa que não pode ficar limitada pelos titânicos muros da eficácia punitiva, nem terá que assentar na legitimidade de atuação interventiva do Estado, porventura o calcanhar de Aquiles de toda a dogmática da penalidade, sendo que os direitos fundamentais devem ser respeitados por parte do Estado com a finalidade de alcançar a verdadeira função da pena, a de ressocialização do preso.

CAPÍTULO II ENQUADRAMENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Uma exposição monográfica relativa à intimidade e à privacidade do delinquente que cumpre pena restritiva de liberdade impõe que se recorde aprioristicamente a discussão gerada em torno do problema das finalidades das penas. Problema que, no dizer de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “é tão velho como a própria história do direito penal”, e que forma um verdadeiro paradigma da ciência punitiva por ser nele que assentam as questões da legitimação, justificação, fundamentação e função da intervenção penal estatal³⁹.

1-Previsão constitucional

É estabelecido o Direito à privacidade, no artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, afirmando que: “*Art. 5º. [...] X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Este artigo foi introduzido pelo título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, pela Constituição da República de 1988. Após vários “*regimes Constitucionais*”⁴⁰, a Assembleia Constituinte resolveu, de forma inédita, introduzir esta garantia no ordenamento brasileiro.

No âmbito do direito comparado, encontramos várias disposições similares à contida no art. 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, também com um amplo lacre de aplicação, abrangendo todos os tipos e formas de respeito à intimidade e à vida privada.

Nos ordenamentos que nos propomos a verificar, há a tutela de forma positivada à intimidade em suas constituições, nas quais é trazida como um direito pleno e explícito no texto Constitucional. É o caso do artigo 26º, n. 1 da Constituição Portuguesa, integrado na parte relativa aos Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, onde se estabelece que: “*Art. 26º. [...]n.1-A todos são reconhecidos os direitos à*

³⁹ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 74.

⁴⁰ ANDRADE, Paulo Bonavides Pais de. *Historia Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e terra. 1999. p. 9.

*identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*⁴¹.

Bem como o artigo 34º, que trata da “*inviolabilidade do domicílio e da correspondência*”⁴².

De forma semelhante, a Constituição da Turquia nos seus artigos 20º, 21º e 22º⁴³; na Constituição chilena, artigo 19.4º⁴⁴; Constituição da belga em seu artigo 22º, estabelece que: “*todos têm o direito ao respeito da sua vida privada e familiar*”, e no artigo 15º reconhece a inviolabilidade do domicílio. No mesmo nível de reconhecimento é a Constituição dos “países baixos”, cujo artigo 10.1 estabelece que: “*respeito, intimidade pessoal e família*”; o artigo 12 que trata da inviolabilidade do domicílio, e o artigo 13 da inviolabilidade das correspondências.

A Constituição italiana não contém uma disposição expressa do direito à privacidade, mas a fundação encontra-se no texto constitucional, por um lado, nas disposições gerais, tais com artigo 2º e 3º e, por outro, no caso de proteções individuais e as especificações, reconhece a inviolabilidade do domicílio no art. 14º, e o segredo das comunicações no art. 15º.

Já a Constituição espanhola de 1978, por via do dispositivo n. 1 do artigo 18º prevê os direitos e liberdades⁴⁵, garantindo o direito à intimidade, em seu aspecto geral.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4ª edição: Coimbra Editora, 2007, p. 458.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Ibidem* Cfr: “art. 34º, *Inviolabilidade do domicílio e da correspondência, 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”. p. 538.

⁴³ Cfr – Constituição da Turquia, título - II dos Direitos dos Indivíduos e Grupos. Artigo 20º “*direito à privacidade individual*”, artigo 21º - violação de domicílio, inviolabilidade do domicílio, e o artigo 22º - liberdade de comunicação.

⁴⁴ Cfr- Constitución Política de la República de Chile, Capítulo III - de los derechos y deberes constitucionales, Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

⁴⁵ Constitución española, Artículo 18.º 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

A Constituição da França foi à primeira do continente europeu a tutelar os direitos à intimidade e à vida privada. Primeiramente, estes direitos foram tutelados pelo Código de Napoleão no seu artigo 1382, onde estabelece que: “*Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano*”⁴⁶. Estava em um princípio geral. Depois veio a tutela mais específica com o advento da Lei nº 70.643, de 17 de Julho de 1970, introduziu-se o direito ao respeito pela vida privada, conferido em seu artigo 9º.

Na Alemanha, em sua Lei Fundamental, a proteção da vida privada também decorre do artigo 2º n. 1 em conjugação com o artigo 1º, § 1 da Lei Fundamental⁴⁷.

Em 1987, será a vez da *Constitución Política de la República de Nicaragua*, assegurar a toda pessoa, em seu artigo 26: “1. *O direito a su vida privada y a la de su familia.* 2. *A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.* 3. *Al respeto de su honra y reputación*”.

Já a Constitucional da República do Suriname, promulgada em 31/10/1987, traz expresso no artigo 17.1: “*todos têm direito ao respeito de sua vida privada, de sua família, de seu domicilio e de sua honra e boa reputação*”.

A Constituição da República da Coreia de 12/07/1948, que foi retificada nove vezes, em Outubro de 1987 traz em texto sumário dizendo que “*a privacidade dos cidadãos não será desrespeitada*”.

A Constituição Política do Peru, de 31 de Outubro de 1993, também traz expresso no artigo 2.7: “*o direito à honra e à boa reputação, à intimidade pessoal e família, assim como à voz e à imagem própria*”.

O texto da Constituição Colombiana, em seu artigo 15 e incisos, declara: “*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetarlos y hacerlos respetar*”.

O direito à vida privada é estabelecido na Constituição como valor humano, na condição de direito individual, respeitando-o como direito fundamental.

⁴⁶ Como J. MIGUEL LOBATO GÓMES: “*sua sobrevivência histórica é um convite para refletir sobre sua dimensão simbólica, sobre sua influência como modelo jurídico e sobre os valores fundamentais da civilização que encarna, pois o Código Civil sempre foi instrumento de afirmação de direitos e de valores aos quais numerosos países reconhecem caráter universal e introduziu o direito ao respeito pela vida privada*”. Cfr. O código Bicentenário, *ob. cit.*, p. 19-23.

⁴⁷ Cfr. Grundgesetz die Bundesrepublik Deutschland. Ver também Tribunal Constitucional Federal, decisão de 16 de julho de 1969, Az 1 BvL 19/63 - Microcensus; Tribunal Constitucional Federal o julgamento, de 15 de dezembro de 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484-83 - Censo.

Na doutrina estrangeira, várias denominações foram dadas ao direito à vida privada. No Brasil, também é conhecido como direito de estar só⁴⁸. Na Espanha *derecho a la esfera secreta*, na Inglaterra por *right of privacy*, na França como *droit à la vie privée* e na Itália por *diritto alla riservatezza*.

Segundo Lucrecio Rebollo Delgado, consiste o direito à intimidade e à privacidade o reconhecimento constitucional em três níveis. “O mais alto, consistiria em jurisdições onde a privacidade tem um reconhecimento completo e explícito no constitucional (Bélgica, Países Baixos, Portugal, Grécia, URSS de 1977, Argélia, Brasil, Chile e Turquia), em segundo nível é composto unicamente essas constituições de hospedagem de manifestações do direito, e fez referências genéricas ou globais em matéria de proteção de privacidade como nível pessoal, (Itália, Luxemburgo, Suécia, Suíça, Dinamarca, Finlândia, Estados Unidos, cuja emenda IV, Japão, México, Islândia e Filipinas.), no mais baixo nível os sistemas jurídicos que não incluem o direito à privacidade de forma concreta, e também não estabeleceu com garantia constitucional do direito a manifestações clássicas, (França, Reino Unido, Estados Unidos, Áustria e Irlanda.)”⁴⁹.

Como supracitado, a proteção à privacidade e à intimidade é salvaguardado em todas as Constituições donde foi feita a investigação, e não deveria ser diferente, já que são inerentes à raça humana momentos íntimos, exclusivos, em que o homem necessita do isolamento. E, essa garantia, dada a todo ser humano, não pode ser destituída do recluso, em hipótese alguma, sob pena de violar direitos indisponíveis, não podendo ser restringido pela prisão ou sentença penal condenatória.

2 – A proteção conferida pelos textos internacionais

Da análise dos textos internacionais a respeito do direito à intimidade e à vida privada pretendemos buscar confirmação da existência deste direito, qual o seu significado, bem como averiguar o que se pretende proteger no âmbito do direito à intimidade e à vida privada do recluso.

⁴⁸ Cfr. Nota numero 2.

⁴⁹ DELGADO, Lucrecio Rebollo, el derecho fundamental a la intimidad, Dykinson, p. 64-66.

2.1 - Da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

Seguindo uma ordem cronológica em um reconhecimento internacional do direito à intimidade, a primeira declaração que tratou dessa temática é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵⁰, aprovada na IX Conferência Internacional de 1948 realizada em Bogotá, e é considerado o primeiro acordo internacional sobre direitos humanos, nele consta um preâmbulo e dois capítulos; o primeiro dedicado aos direitos humanos e o segundo aos deveres, totalizando 38 artigos.

O seu artigo 5º estabelece que: *“Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”*. Também reconhece as manifestações clássicas da intimidade em seu art. 9º, estabelecendo que: *“Toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio”*. Já o art. 10º expõe: *“Toda pessoa tem o direito à inviolabilidade e circulação da sua correspondência”*.

A declaração aponta os princípios básicos relativos à vida privada, destacando que, enquanto os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. A primeira frase do preâmbulo afirma que *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”*. Os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base atributos da pessoa humana. Assim, reconhece – se a existência de direitos que são anteriores à formação do Estado, sendo naturais à condição de pessoa.

2.2 Da Declaração Universal dos Direitos do Homem

Após seis meses da criação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nasce a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵¹, cujo principal objetivo é buscar o respeito dos direitos humanos no âmbito internacional sendo o mais importante instrumento neste sentido. Registra-se que o tratamento da DUDH, veio através de líderes mundiais que decidiram complementar a promessa da comunidade internacional de nunca mais permitir atrocidades como as que haviam sido vistas em tempos de guerra o primeiro rascunho contou com a participação de mais de 50 países.

⁵⁰ Crf. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na nona Conferência Internacional Americana, Bogotá de 1948.

⁵¹ *Ibidem*.

A DUDH estabelece em seu art. 12, que: *“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”*.

Saliente-se, por oportuno, que essa proteção da DUDH traz em um único artigo a proteção da intimidade, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Já a Declaração Americana utiliza-se de três artigos separadamente, traçando assim a diferença entre a DADH para a DUDH, assim em um mesmo artigo estão agrupados os direitos que têm uma raiz comum, neste caso, a proteção da dignidade da pessoa. JOSÉ AFONSO DA SILVA considera o *“direito à privacidade como um direito conexo ao direito à vida”*⁵².

Consoante se observa que o direito à intimidade abrange o direito à inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências, sendo assim um direito supremo do homem, tanto quanto o direito à vida, garantindo a dignidade da pessoa humana.

2.3 - Da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵³ do ano de 1950. A CEDH e das Liberdades Fundamentais declara, em seu art. 6º, o direito à intimidade: *“[...] o acesso à sala de audiência pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”*.

O mesmo diploma legal, no art. 8º, cuja epígrafe é *“Direito ao Respeito Pela Vida Privada e Família”* à semelhança de outros dispositivos ínsitos em diploma de proclamação solene e sistemática de direitos humanos⁵⁴, outorga assento convencional

⁵² SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 205.

⁵³ Cfr. Diário da República, I Série, de 2 de Janeiro de 1979.

⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio leite. Direito à Privacidade... ob., cit., p. 81. A proteção internacional do direito à privacidade surgiu em 1948, em primeiro lugar, através da Declaração Americana dos Direitos do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá. A referida declaração mencionava

ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, e vem com o “objectivo essencial prevenir o indivíduo contra as ingerências arbitrárias dos poderes públicos na sua vida privada e familiar, no seu domicílio e na sua correspondência”⁵⁵. O art. 8.º apresenta a seguinte redação: “1- *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.* 2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros*”.

Esta disposição concretizou uma estrutura dualista comum a alguns dos dispositivos consagradores de direitos na CEDH, sendo que constituem direitos convencionais de natureza absoluta e condicional⁵⁶. Segundo o n. 1 daquela disposição – o direito ao respeito pela vida privada – e o n. 2, aplica-se na sua justificativa de imergências do Estado contratante, que no âmbito normativo do direito à privacidade segundo o n. 1 do art. 8.º, inclui-se o direito ao respeito pela vida privada e família a fim do titular do direito venha a se beneficiar de uma proteção relativa, na dimensão em que admite no n. 2 do art. 8.º, por outro lado, a revogação em caso de Estado de necessidade, conforme o art. 15º da CEDH⁵⁷. Sendo assim passível de ser limitador.

Como refere IRENEU CABRAL BARRETO, que: “*Ele exige do Estado não só um dever de abstenção mais também um papel activo inerente àquele efectivo respeito,*

em seu art. 5º que “*toda pessoa tem direito à protecção da lei contra os ataques abusivos a sua hora, a sua reputação e a sua vida privada e familiar*”.

⁵⁵ BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* Amotada, 4ª Edição, Coimbra Editora: 2010, p. 231. Ver também o acórdão *Marckx c. Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, A 31, §31; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de Maio, A 94, § 67; *Kroon e outros c. Holanda*, de 27 de Outubro de 1994, A 297-C, § 31.

⁵⁶ Efetivamente, nem todos os direitos convencionais são protegidos com a mesma intensidade. Assim, encontramos direitos absolutos ou intangíveis que são objeto de uma proteção absoluta e inderrogável – v. g., direito à vida, proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes, de escravatura – e direitos condicionais que admitem limitações e derrogações, pelo que gozam apenas de uma proteção relativa – tal é o caso dos art. 8.º a 11.º do protocolo nº 1. Cfr. Maria Luiza Duarte, *ob. cit.*, p. 228.

⁵⁷ BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia do Homem*, amotada, 4ªEd., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 316. art. 15º.1 – “*Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providencias que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providencias não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional*”. Segundo IRENEU CABRAL BARRETO, *ob. cit.*, p. 232, “*Contudo as medidas positivas exigidas aos Estados estão, em geral, sujeitas à margem de apreciação do próprio Estado e não devem traduzir-se num fardo insuportável ou excessivo; é preciso ressaltar um justo equilibrio entre o interesse geral e o interesse do indivíduo*”.

*até nas relações entre os indivíduos; o Estado deve, nomeadamente, fornecer as informações que detenha e que se relacionem com a vida privada ou família, como adaptar medidas que assegurem o respeito de vida e familiar mesmo na esfera das relações entre as pessoas”*⁵⁸.

Neste sentido percebe-se que o direito à intimidade e à vida privada é passível de ser revogado quando o recluso deixa de exercer seus deveres no cumprimento da pena, podendo ser suspenso o direito à visita ou até mesmo ser restringido ao isolamento.

2.4- Do Pacto Internacional de Direito Civil e Político

O Pacto Internacional de Direito Civil e Político de 1966⁵⁹, trouxe em seu art. 17º, que: *“Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”*.

Nota-se que a proteção do direito à intimidade e à vida privada aparece em vários dispositivos internacionais, por tratados, assembleias, acordos, constituições e declarações. Com efeito, o recluso adquiriu garantias e direitos individuais, verdadeiras “cláusulas pétreas”⁶⁰, que não podem ser mitigadas ou suprimidas por qualquer outro comando normativo. No âmbito do direito comparado, o direito à intimidade e à vida privada tem um tratamento compatível, tanto no âmbito internacional como no âmbito constitucional pátrio. Observa-se que os reclusos ou internados devem desfrutar de um claro reconhecimento de sua dignidade humana.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ratificado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de Dezembro de 1966, na Resolução 2200 A(XXI), que entrou em vigor em 23 de Março de 1966.

⁶⁰ As “cláusulas pétreas” estão previstas na Constituição Federal de 1988 no art. 60º, § 4: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente (...), “os direitos e garantias individuais”. Urgir pois, que se defina o âmbito de abrangência destes direitos e garantias individuais. PEDRA, Adriano Santana, A constituição Viva: poder constituinte e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 94.

CAPÍTULO III CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO RECLUSO

No estudo da excursão da pena de prisão, da medida de segurança, da internação involuntária em estabelecimento de detenção e da medida coativa de prisão, o recluso, isto é, aquele que, por ter praticado um fato típico, ilícito e culpável, foi sentenciado a cumprir determinada pena de privação de liberdade, terá vários direitos fundamentais atingidos pelo sistema penitenciário.

No que diz respeito a este estudo, sabe-se que o cerne do problema relativo ao direito à intimidade e à vida privada do recluso é de inúmeras agressões aos direitos e garantias fundamentais⁶¹ que podem ser apontadas diariamente na realidade prática do nosso país. Os detentos além de vivenciarem a aflição do confinamento em locais impróprios e desumanos, estão sofrendo, além da pena cominada em lei, outras inúmeras sanções ilegais como o desrespeito à sua dignidade, privacidade e à inviolabilidade de sua vida privada.

Para uma mudança deste paradigma, a vida privada do recluso deve estar protagonizada pelos direitos de contato com o advogado, direito de visitas e visitas íntimas, direito de correspondências, direito a conversas telefônicas e ao direito/punição de isolamento do recluso.

A propósito, afirmava MANUEL MONTESINOS, a respeito da vida do recluso, que: *“Convieram-me enfim de que o mais ineficaz de todos os recursos em um estabelecimento penal, e o mais pernicioso também e mais funesto a seus progressos de moralidade, são os castigos corporais extremos. Esta máxima deve ser constante e de aplicação geral nestas casas, qual seja a de não envilecer mais aos que degradados por seus vícios vem elas (...), porque os maus tratamentos irritam mais que corrigem e afogam os últimos alentos de moralização”*⁶².

⁶¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, neste particular relembra que a abordagem de questão negativa do sistema penitenciário *“se ponderarmos os efeitos negativos do sistema penitenciário tradicional, o princípio nihil nocere, tomando verdadeiramente a sério, implica modificações profundas da vida quotidiana dos estabelecimentos penitenciários. Algumas proposições iluminam este princípio: a configuração concreta da prisão não deve reforçar a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela pena; as limitações de direitos não podem ser autorizadas, a não ser na medida em que sejam impostas por razões de força maior, urgentes e em função do recluso”*. Cfr. Novo Olhar Sobre A Questão Penitenciária, 2º Edição, p. 47.

⁶² Manuel Montesinos, Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia; reforma de la dirección del mismo y sistema económico del mismo. Publicado pela imprensa do Presidio de Valencia,

Atualmente, em nosso sistema prisional, milhares de reclusos cumprem pena de forma sub-humana em celas superlotadas. O sistema se propõe a recuperá-los e prepará-los para retornarem à sociedade e se tornarem produtivos para que não reincidam no delito. É cristalino que não existe, desta forma, cumprimento do direito do recluso, ou a suspensão dos direitos, entre o Estado e o detento.

Os direitos e deveres dos presos são adquiridos a partir do momento em que deixam sua liberdade e passam para a custódia do Estado por meio da prisão e devem estar, portanto, garantidos de forma que não permitam o sistema penitenciário e o recluso dispor de idênticas possibilidades para intervir no cumprimento da pena, cumprindo-se assim o verdadeiro caráter da pena, que é de recuperar e preparar o detento para o retorno à sociedade.

A seguir analisaremos alguns direitos que garantem a intimidade e privacidade do recluso no sistema carcerário brasileiro e se há o devido respeito a essas prerrogativas na execução da pena privativa de liberdade.

1 - Direito do contato com o advogado

O contato do delinquente com o advogado deve ser garantido desde o momento em que ele adquire conhecimento do crime até a efetiva privação da liberdade. Para que haja o devido processo legal, é preciso o pleno exercício da “ampla defesa”⁶³, ou seja, para o devido cumprimento da pena de restrição de liberdade faz-se imprescindível ao recluso reunir com o seu advogado. Nesta concepção a doutrina Portuguesa com redação do decreto nº 12.334 de Dezembro de 1926, em suma, obrigação de segredo profissional está intimamente ligado à natureza da própria profissão, em seu art. 50 que:

1846, reproduzido na REP, em 1962, p.254; Manoel Pedro Pimentel, O crime e a pena na atualidade. São Paulo: RT, 1983. p. 267.

⁶³ Quanto a Ampla Defesa: por objeto os direitos fundamentais, à defesa, a Constituição Federal brasileira resguarda no seu art. 5º, incisos LV que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” e à assistência jurídica gratuita na Constituição Federal art. 5º, LXXIV, que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”, e ao acesso à justiça no mesmo artigo, inciso XXXV, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”, no âmbito da justiça. O “contraditório” atribui especial legitimidade à sentença penal, pois viabiliza que a liberdade do indivíduo, valor fundamental, apenas possa sofrer algum tipo de restrição por intermédio de processo em que as partes participaram da produção do conhecimento submetido ao crivo judicial. GOMES FILHO, Antonio Magalhães....cit. p. 55.

“guardar segredo o mais absoluto, não lhe sendo lícito testemunhar contra aquele que lhe confiou a defesa da liberdade, honra e fazenda” ⁶⁴.

Neste sentido, o Código de deontologia dos advogados Europeus, trouxe em seus artigos 2.3.

“Segredo profissional

É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado

A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado.

2.3 – 2 - O advogado deve respeitar a obrigação de guardar segredo relativamente a toda a informação confidencial de que tome conhecimento no âmbito da sua actividade profissional.

2.3 – 3 – A obrigação de guardar segredo profissional não está limitada no tempo.”

A Constituição da República Federativa do Brasil ordenou também obter proteção adequada dos seus direitos e deveres individuais e coletivos. O direito do contato do recluso com advogado constante no título II dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, disciplina: *“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*⁶⁵;

⁶⁴ CARDOSO, Augusto Lopes. O segredo profissional na advocacia. Viseu, 1998. p. 15.

⁶⁵ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, Art.5º, LXIII. Publicado no Diário Oficial da União nº 191-A, de 05 de Outubro de 1988.

Ainda que a polícia efetue a prisão por sua própria iniciativa ou por ordem judicial, deverá ser garantido ao delinqüente o direito a “*presunção de inocência*”,⁶⁶ garantida a todos pela Constituição. Aplica-se a este caso também o direito constitucional de defesa. Para o pleno exercício da ampla defesa em processo se faz imprescindível ao recluso reunir-se com seu advogado para que este possa lhe transmitir todas as informações necessárias sobre o caso, de forma a deduzir a melhor solução jurídica para o problema. Tantas quantas bastem deverão ser as reuniões.

Um recluso tem os mesmos direitos de alguém que não tenha quebrado as normas. O direito de comunicação com o advogado é um pleno exercício da “*ampla defesa*”. Possuem, inclusive, o direito de informar às autoridades da prisão que desejam entrar em contato com um advogado.

O advogado de defesa é chamado para o acusado no exercício dos direitos da “*uniformidade de defesa*”⁶⁷. O defensor deve desfrutar de plena autonomia do juiz e autonomia relativa ou limitada contra o réu, que não pode ser despojado de seu direito de defesa, nem mesmo em favor do advogado.

Em um Estado de direito, segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, o sistema penitenciário deve assegurar os direitos fundamentais do recluso: “*O recluso é portador de direitos fundamentais inerentes à condição de homem (não o homem abstrato das declarações revolucionárias, mas o homem- situado) e à mudança de atitudes quanto à noção e ao sentido das chamadas relações especiais de poder*”⁶⁸.

Na execução das penas e medidas privativas de liberdade, ainda que mitigada pelo sistema penitenciário, é cristalino que existe “*o recluso sujeito de relações*

⁶⁶ Em bom rigor, o princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, nos seguintes termos: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Neste sentido NABUCO FILHO, ressalta a atuação da presunção de inocência, “*consagrando no texto constitucional, como um mecanismo que coíbe a atuação de juízos apressados e precipitados*”. p. 94-95, já a norma do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos expõe o instituto de presunção de inocência está previsto no art. 14.2, nos seguintes termos: “*Qualquer pessoa acusada de uma infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”. Em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o STF decidiu que “*um acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado*”, uma decisão que reafirma o princípio da presunção de inocência na norma constitucional. Decisão do STF: presunção de inocência – direito de não produzir prova contra si próprio. Ministro CELSO DE MELO.

⁶⁷ Como nota 20.

⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária”, Estatuto Jurídico do Recluso e Socialização Jurisdicionalização Consensualíssima e Prisão. Projeto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade. Coimbra Editora, 2º ed., Outubro de 2002, p. 73.

jurídicas de onde emergem direitos e deveres”⁶⁹, portador de direitos e deveres, de garantias legais previstas, assim como de direitos humanos, previstos em diversos estatutos legais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁰, A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem,⁷¹ Convenção Européia dos Direitos do Homem⁷² e a Resolução da ONU⁷³ que prevê as regras mínimas para o tratamento do preso.

O direito do recluso de contatar o advogado, em nível nacional, além de estar previsto na Carta Magna, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 5º, inciso LXIII), figura-se também em legislação específica – a Lei de Execução Penal, artigo 41, incisos de I a XV, dispondo sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao preso no decorrer da medida privativa de liberdade. No mesmo sentido do disposto no artigo 41, inciso IX (“a entrevista pessoal e reservada com o advogado”), é possível citar outros textos legais que tutelam o direito do delinqüente de se reunir com o advogado, quais seja a Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de Novembro de 1994 (DOU de 02 de dezembro de 1994), o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão – Resolução n.º 43/173 da Assembléia Geral das Nações Unidas – 76ª Sessão plenária, de 09 de dezembro de 1988.

A Lei de Execução Penal em vigor no Brasil fora sancionada desde 11 de julho de 1984, sob o número 7.210, visando atribuir direitos aos encarcerados, adotando o sistema progressivo, que consiste na passagem por regimes de cumprimento de pena em ordem decrescente de severidade, desde que apresente os requisitos legais. Como prescreve o art. 33, § 2º, do Código Penal, “*as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado*”⁷⁴, ressalvada a possibilidade de transferência para um regime mais rigoroso. Esse sistema tem o intuito de preparar o

⁶⁹*Ibidem.*

⁷⁰ Cfr. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Celebrado pela Resolução nº 217, durante a 3ª Assembleia Geral da ONU, em Paris, França, em 10 de Dezembro de 1948.

⁷¹ Cfr. Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, adotada pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizados em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 CI (XXIV), de 31 de Julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Em 25 de Maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.

⁷² Como nota 52.

⁷³ Como nota 58.

⁷⁴ Cfr. Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei Nº 3.914, de 09 de Dezembro de 1941, art. 33, § 2º.

recluso para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao preso uma crescente dose de responsabilidade. Este objetivo de ressocialização vem estampado no artigo 1º da Lei de Execução Penal: “*Art. 1º. A Execução Penal tem por objeto efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”⁷⁵.

Em título posterior, a Lei trata em apartado “*do condenado e do internado*” que são os sujeitos da execução em si, e ainda, no primeiro capítulo deste mesmo título, sobre a classificação dos mesmos, e no capítulo II da assistência jurídica, atribuída ao recluso que não tiver meios para custear os honorários do advogado, e neste caso o Estado arcará com os custos⁷⁶, através de defensores públicos. “*Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado*”.

O direito a um advogado é um dos menos cumpridos na prestação jurisdicional estatal, o que ocorre é que quando o defensor é contratado pelo Estado há uma negligência por parte do profissional em relação ao recluso⁷⁷, ou até mesmo por parte do Estado em razão do tempo que leva para assegurar a defesa por um defensor público⁷⁸.

A entrevista pessoal e reservada com o advogado, além de ser inerente ao exercício regular da advocacia e da defesa, também é garantido pelo direito “*a*

⁷⁵ Cfr. Lei de Execução Penal, Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

⁷⁶ Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, Art.5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; Art. 134 A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Publicado no Diário Oficial da União n 191-A, de 05 de Outubro de 1988. Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994. Lei da defensoria pública. Lei Nº 1.060, estabelece normas para a concessão de assistência aos necessitados, de 05 de fevereiro de 1950. Lei n. 8.906, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 7º, inciso III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; de 04 de julho de 1994.

⁷⁷Explicando melhor: O direito penal brasileiro adota o chamado “Sistema Progressivo”, estabelecendo três regimes de cumprimento da pena: fechado, semiaberto e aberto (código penal. Art. 33. Caput). Neste sentido, Tribunal de Justiça Rio Grande do Norte– amparado por Habeas Corpus com Liminar: HC 40754 RN 2008.004075-4 ementa: constitucional e processual penal. Habeas corpus liberatório. Alegação de demora na análise de pedido de progressão de regime prisional. Processo com trâmite regular. Vista ao ministério público. Cautela necessária. Exame criminológico. Exigência. Possibilidade. Constrangimento ilegal afastado. Conhecimento e denegação da ordem.

⁷⁸Sobre tal fato, alias, Rogerio Grego, Direitos Humanos..., pagina 66. Afirma que “*(...) no Brasil, o desrespeito ao principio da legalidade no âmbito penitenciário é gritante. Presos cumprem suas penas além do tempo que lhes foro imposto pelos decretos condenatorios; beneficios legais são protegados, sob o falso argumento do acúmulo de processos pela justiça penal*”.

*prerrogativa profissional*⁷⁹ de entrevistar o cliente mesmo que este esteja preso, para que não configure o ato que prejudique gravemente o exercício da advocacia e a eficiência da defesa.

O direito à entrevista pessoal e reservada possui relevância tal que o advogado pode exercê-la independentemente de ter ou não procuração. Por vezes o advogado é contratado pela família do recluso e seu primeiro contato ocorrerá na unidade prisional em que estiver seu cliente, o qual, a depender do resultado da entrevista, poderá, ou não, contratar o advogado. Se o recluso não tiver meios para custear os honorários do advogado particular este deixa de acompanhar o processo, ficando assim a mercê do Estado, que tem inúmeros processos para conceder assistência jurídica.

Ocorre assim início a uma longa espera, pois sai um advogado que trabalha por contra própria ou de terceiros (escritórios), para a entrada do “*Estado Democrático de Direito*”⁸⁰. Visando garantir o direito do cidadão, proclamado na norma de direito fundamental a que nos referimos ao longo do item.

1.1 - Da realidade prática

Não obstante todo o aparato legal posto em resguardo aos direitos do recluso e a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa também em sede de execução penal, não raras vezes nos deparamos com execuções, nas mais diversas comarcas,

⁷⁹ Segundo ALBERTO ZACHARIAS TORON. ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR, Prerrogativas profissionais do advogado, OAB Editora, 2006. *ob., cit.*, p. 145-149, “tão importante é o direito de o preso ter acesso a outras pessoas e, sobretudo, ao advogado, que mesmo sob o Estado de Defesa, é verdade a sua incomunicabilidade (CF, art. 136,IV). (...) é o advogado quem, em primeiro lugar, terá a oportunidade de constatar a higidez física e moral e zelar por ela, reclamando quando o preso for desrespeitado no que concerne a direitos fundamentais”.

⁸⁰ Assim a Constituição Federativa do Brasil anota no título I dos Princípios Fundamentais no “art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; E no Capítulo II Dos Direitos Sociais, art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

correndo praticamente à revelia da defesa, impulsionada pelo Juízo e fiscalizada pelo Ministério Público, que muitas vezes também a impulsiona, tornando a atuação defensoria, em regra, quase inexistente.

Ao recluso são assegurados os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória ou pela lei, individualizando sua pena. Neste sentido, o contato com o mundo exterior – por meio de visitas, correspondências, entrevistas pessoais com advogado, dentre outros – é um direito relativo, concedido ao detento, podendo ser subtraído na medida em que puser em risco a segurança da coletividade carcerária, bem como da sociedade.

Podemos considerar três características para apreciação à administração da justiça relativa ao direito de entrevista pessoal reservada entre o advogado e o recluso, sendo eles: o manejo do advogado voltado para o crime, o papel do estado, a negativa da comunicação entre preso e advogado por parte do juiz.

Contudo, antes de partir para sua enunciação e análise, cumpre-nos salientar, recorrendo às palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, que “o delinquente tende a converter-se num inimigo e o direito penal num direito para inimigos”⁸¹.

No que tange a primeira característica, considera-se quando o recluso, por meio de contato com o mundo exterior através do seu advogado, contando com a ajuda destes para continuar a prática de crimes mesmo estando encarcerado, utilizando - se do direito com objetivo de repasse de objetivos ilícitos – como celulares, drogas, armas e ordens – utilizando de suas prerrogativas para se associarem a criminosos⁸².

No Brasil são vários os casos de advogados presos por envolvimento em ilícitos com os reclusos, sendo responsáveis por trazer ao exterior da prisão ordem ou planos para a prática de crime, ou seja, é o contato, quase direto, do recluso com o seu mundo do crime. Como exemplo, cita - se o nascimento do “Primeiro Comando da Capital”⁸³, em 31 de agosto de 1993, tendo por objetivo patrocinar rebeliões e resgates de presos em diversos estados brasileiros, todavia, com o passar dos anos tiveram esses objetivos distorcidos e passaram a atuar também em roubos a bancos e a carros de transporte de

⁸¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar...*, *ob. cit.*, p. 32.

⁸² Assim, o recluso Fernandinho Beira - Mar, da ordem de dentro de uma penitenciária máxima, através de cartas por meio de visitantes, familiares, amigos e advogados. Cfr. *Jornal Fantástico* de 20 de março de 2011.

⁸³ DIAS, Camila Caldeira Nunes, *Sociedade, Natureza e cultura*, *Revista Percuso*, 2009, páginas 79 – 96.

valores, “*extorsões de familiares de presos*”⁸⁴, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de entorpecentes com conexões internacionais.

Saliente-se, que este direito de entrevista pessoal e reservada com o advogado pode ser usado de forma ilícita para benefício de ambas as partes, sendo em prol do recluso para continuar comandando seus interesses, e o advogado nos exercícios de suas funções, “*periodicamente se unir com os reclusos*”⁸⁵.

Quanto a segunda característica, pautado no papel do Estado, quando os presos não têm condições de arcar com os custos do advogado, cabe ao Estado garantir este direito a quem não tem meios de custeio, ficando o Estado como Julgador, na função do Juiz, como acusador, pelo Ministério Público e como defensor, pela Defensoria Pública, ficando o recluso a mercê do Estado.

Os processos que ficam sob a competência do Estado, tendem a demorar na concessão de benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime, ou de serem colocados em liberdade após saldarem o cômputo de sua pena. Essa situação decorre da própria negligência e ineficiência dos órgãos responsáveis pela execução penal, o que constitui num constrangimento ilegal por parte dessas autoridades, podendo ensejar, inclusive, uma responsabilidade civil por parte de Estado pelo fato de manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal.

Somam-se a esses itens o problema dos presos que estão cumprindo pena nos Distritos Policiais (devido à falta de vagas nas penitenciárias), estabelecimentos inadequados para essa finalidade, e que, por conta disso, acabam sendo despojados de muitos de seus direitos, cabendo ao advogado buscar uma pena mais justa para o detido.

O que se pretende ao assegurar garantias previstas em lei durante o cumprimento da pena privativa de liberdade não é tornar a prisão um ambiente agradável e cômodo em seu convívio, tirando o caráter de retribuição da pena.

No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo

⁸⁴ Neste sentido, Comissão Parlamentar de Inquerito do Tráfico de Armas, deputado relator MORONI BING TORGAN, pediu a querrela de 30 contas de advogados sob suspeitas de envolvimento com reclusos, que levou a prisão dos advogados; NELSON ROBERTO VINHA, acusado de levar celulares para recluso num pesadão de Mauá, em São Paulo; e EDUARDO DIAMANTE, preso por suspeitas de ser pombo-correio do primeiro comando da capital (habeas corpus nº 75065/2007, STJ).

⁸⁵ Teixeira, Alexandre Abrahão Dias, Juiz da 1ª Vara Criminal de Bangu, ao decretar a prisão preventiva de três advogados, acusados de envolvimento nos ataques atribuídos a traficantes que aterrorizam o Rio de Janeiro.

humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade⁸⁶, não apenas a situação carcerária, mas os problemas de segurança pública e da criminalidade como um todo tendem apenas a agravarem-se.

Aquilo que hoje se pretende com o advogado é buscar um cumprimento e aplicação das garantias legais e constitucionais na execução da pena, assim como o respeito aos direitos do recluso, e que seja respeitado e cumprido o princípio da legalidade, corolário do nosso Estado Democrático de Direito, tendo como objetivo maior o de instrumentalizar a “*função ressocializadora*”⁸⁷ da pena privativa de liberdade, no intuito de reintegrar o detento ao meio social. Foi esta, a filosofia que inspirou todo Código Penal Português atual e que o legislador na revisão de 1995, levada a cabo pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, mais uma vez assumiu ao estabelecer no n. 1 do artigo 43º que: *Art. 43º. 1- A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes.*

E a terceiracaracterística, relativo aolado negativo, o advogado tem suas prerrogativas violadas em razão de poucos que agem como bandidos, sendo impossibilitado de reunir-se com seu cliente ou de consultar processos ou arquivos, com ou sem procuração.

⁸⁶ GREGO, ROGÉRIO, “os condenados às penas privativas de liberdade são colocados em celas surperlotadas”. *ob. cit.*, p. 66.

⁸⁷ A crise do ideal ressocializador: comum a todas estas teorias punitivas do tipo preventivo-especial, foi a falácia de isolada supremacia em que acabaram por cair, e que, inevitavelmente, ditou o seu falhanço como projetos autonomamente viáveis, Cfr. Opinião de DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências...*, *ob. cit.*, p. 61. Isto, não obstante de ao longo do decurso temporal ter resistido uma ou outra ideia que pudesse ser aproveitada a título de influência para a construção de uma solução global de espécie “poligâmica”, sempre desejável quando o efeito pretendido não deva ser unidimensional, como é o caso do direito penal que enquanto instituto limitativo do poder punitivo público balança entre a individualidade do recluso e a segurança comunitária. Muito embora estas doutrinas de prevenção especial tenham tido um exponencial crescimento desde os finais do século XIX, o seu apogeu deu-se, sem sombra de dúvidas a partir do final da segunda guerra mundial. Com o advento da criminologia tradicional e a progressiva intromissão da psiquiatria e psicologia no direito criminal, o tratamento individualizado dos delinquentes que aquela supunha, com a aplicação de métodos como o *case-work* que toma em conta as especiais necessidades de cada recluso, exigiu-se um investimento cada vez maior em pessoal especializado e em programas de tratamento. Acrescido do fracasso que os sistemas puramente punitivos haviam revelado acabou por determinar que a ressocialização passasse a dominar o ideal penitenciário, quer na Europa, especialmente nos países escandinavos, quer nos Estados Unidos da América. Vejam-se, neste último caso, os programas à escala nacional e de grande dimensão económica como o *Juvenile Delinquency and Youth Crime Control Act*, de 1961, tomado pela administração Kennedy. *Apud* RODRIGUES, Anabela Miranda, *Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social*, p. 181.

O STF e o STJ, órgãos máximos do Poder Judiciário do Brasil, têm desempenhado um papel crucial para densificar o sentido e o alcance do conceito de “assistência jurídica”. O STF é a mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil e acumula competências típicas de Suprema Corte (tribunal de última instância) e Tribunal Constitucional (que julgam questões de constitucionalidades independentes de litígios concretos). Tendo Sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal. Já o STJ tem como função primordial zelar pela uniformidade da interpretação da legislação federal brasileira.

Como efeito, o STF decidiu assegurar o direito do contato do recluso com advogado. Na extradição 1085, na qual é parte Cesare Battisti, há na sua defesa o requerimento para comunicar e avistar-se, reservadamente, com o advogado. O Ministro Celso de Mello deferiu o pedido, garantido ao advogado a comunicação e visitas, reservadamente, com o extraditando, no local em que custodiado, *“sem as limitações naturais impostas pela própria estrutura física do locutório da carceragem da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal, de modo que, sem qualquer barreira ou obstáculo, possam advogado e cliente, juntos, manusear cópia dos autos do pedido de extradição, a fim de que a defesa possa instruir-se a propósito dos fatos atribuídos ao extraditando, ocorridos fora do território nacional”*⁸⁸.

No inquérito 2424, Operação Furacão, o presidente da OAB requereu que os advogados que atuavam na defesa dos investigados pudessem conversar sem utilização de interfones ou de qualquer outro meio que retire o caráter pessoal da conversa. Segundo o site do STF, o pedido foi deferido pelo Ministro Cezar Peluso, que determinou à Polícia Federal que garantisse entrevista pessoal, direta e reservada dos reclusos com os seus advogados.

O sistema penitenciário vem ganhando sua independência perante o direito processual penal, pasmando suas próprias normas ao âmbito de assegurar a segurança da sociedade, mas ao mesmo tempo vem ferindo os direitos fundamentais dos reclusos, direitos esses que foram conquistados durante as revoluções históricas que contribuíram para a independência do homem⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. STF, Extradicação nº 1085.

⁸⁹ Cfr. Ver o inquérito 2424, que foi desseguindo pela operação furacão.

2 - Do direito de visitas

O sistema penitenciário reconhece o direito das pessoas condenadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade a manter relação com o mundo exterior através de um sistema de comunicação e visitas. Este tipo de comunicação é considerado um instrumento adequado para favorecer a reintegração do recluso na sociedade, a fim de contestar os efeitos da “*dessocialização*”⁹⁰, que pode transmutar o verdadeiro objetivo da pena, o de ressocialização do recluso, para que este não volte a delinquir.

Todo este discurso pró-ressocialização pecaria por ser incompleto se não frisássemos na esteira de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, que o direito penal e penitenciário atuais não deve ter (*i.e* não podem ter!) como escopo finalístico a real socialização do indivíduo, a qual, como vimos, estará sempre dependente de um jogo de probabilidade entre a vontade do ex-recluso e a concreta realidade onde se reinsere, podendo-lhe ser ou não abonatória. Em vez de socializar, a história ensinou-nos que a preocupação deve ser a de **evitar a dessocialização** e de **promover a não dessocialização**.

O regime jurídico da LEP prevê na seção II, em seu art. 41, inciso X, que constituem direitos do preso a “*visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*”⁹¹. Podendo ser “*suspensos ou restringidos*”⁹², quando o recluso não cumprir os seus deveres.

Aquilo que hoje chamamos de direito de visita consiste no resultado proveniente do processo de originária importância para que o recluso não perca seus contatos com o mundo exterior, ou seja, com a sociedade, a família, a companheira (o) e amigos, mantendo a real finalidade da pena que é o de não dessocialização.

Nota-se que o direito de visita é fundamental para a ressocialização do recluso, os laços mantidos entre detento, familiares e amigos é de suma importância, sendo benéfico para o preso e para a sociedade, pois, sem este contato haverá um descumprimento do escopo da pena.

⁹⁰ Segundo RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 563. “Diz-se, além, quando o contributo empírico põe em destaque, do mesmo passo, os efeitos dessocializadores da prisão, que seu principal objectivo deve ser, não tanto a socialização, quanto evitar a dessocialização do recluso.”

⁹¹ Cfr. Lei nº 7.210, de Julho de 1984, Lei de Execução Penal. Seção II, artigo 41º, X.

⁹² Cfr. Artigo 41º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal. Ver também artigo 53º, III desta Lei.

A dessocialização será evitável se for adaptada uma política de combate aos efeitos nocivos que o aprisionamento acarreta, tentando prevenir tudo o que de nefasto advém do afastamento da vida social, sem, todavia deixar cair por terra a necessária satisfação das expectativas de segurança que a comunidade legitimamente reclama.

O não cumprimento deste direito traz o isolamento e a perda da capacidade do preso de se inter-relacionar, trazendo a estigmatização a ser carregada para o resto da vida, ocasionada pelo esquecimento de que são sujeitos de direito⁹³, além dos problemas que a falta de condições sanitárias de algumas prisões podem acarretar.

Para o Estado, mais prisões significam penitenciárias mais povoadas, significando maiores gastos e conseqüentemente menos fundos para a finalidade que criminalmente deve ter preferência: o combate preventivo. Deste modo, em resposta à questão elaborada anteriormente, que consiste em saber como pode uma instituição que é naturalmente segregadora contribuir para o melhoramento do indivíduo, respondemos, subscrevendo ALESSANDRO BARATTA, que essa não passa de uma “*falsa questão*”. Pois a socialização jamais poderá ser conseguida através do cumprimento da pena de prisão, mas isso não impede que deva ser procurada, desde logo, “*tornando menos precárias as condições de vida no cárcere*”⁹⁴.

O benefício para o recluso é de não mantê-lo exilado da sociedade, através das visitas, embora com limitações, dando assim um desejo de buscar o cumprimento da pena, para quando o recluso sair não voltar a delinquir.

Já para a sociedade, um dos benefícios é a “*integração social*”⁹⁵, e que cumprido a condenação a que foi submetido não volte a cometer crimes. Conseqüentemente,

⁹³ A doutrina Portuguesa, registra que a natureza das visitas “*constituem um importante elemento ressocializador para o recluso, uma vez permitem a manutenção dos seus laços afectivos com o exterior*”. SANTOS, Boaventura de Sousa, A reinserção social dos reclusos, ob., cit., p. 355. Neste sentido RODRIGUES, Anabela Miranda, projecto de proposta de lei de execuções penais. ob., cit., p. 241.

⁹⁴ O que seria conseguido através de uma “*abertura da prisão à sociedade e reciprocamente da sociedade à prisão*”, porquanto o “*entendimento de reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interacção entre a prisão e a sociedade na qual os reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão*”. BARATTA, Alessandro, ob. cit., p. 2-3.

⁹⁵ A Lei Nº 7.210, de Julho de 1984, No título I do objetivo e da aplicação da Lei de Execução Penal, no art. 1º que: “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”. E combinado com o decreto Estadual do Rio de Janeiro de nº 8.897/86, regulamento do sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro. Título I do objetivo, art. 1º que: “*Subordinando-se a Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, publicada no DOU de 13.07.84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), e tendo por objetivo complementá-la, deve o presente regulamento ser lido em concomitância com o citado diploma, para exata compreensão e aplicação*”. Ver também a seção II dos direitos, art. 56, que: “*Constituem direitos do preso, além dos estatuídos na lei*” e inciso I, que: “*ser visitado, se estrangeiro, pelos agentes diplomáticos ou consulares do país de origem*”.

podemos deparar – se, por exemplo, com um sistema penitenciário, voltado para os reincidentes.

2.1 - Os objetos levados por visitantes

Diante do cumprimento de pena restritiva de liberdade, o Estado detentor e executor do direito propiciam ao recluso o direito de receber visitas. O visitante será considerado como particular, ficando sujeito às regras do estabelecimento prisional adotadas pela secretaria da administração penitenciária, podendo ser diferentes de Estado para Estado, em busca de evitar objetos indesejados, nessa ordem de ideias, visualiza-se que o detento está amplamente a mercê do Estado.

O visitante (familiar, parentes e amigos) poderá levar produtos ou enviá-los pelo correio, serão fiscalizados pelos agentes carcerários e deverão constar em uma lista de produtos que poderão ser entregues aos reclusos⁹⁶.

O que ocorre é que muitos desses produtos enviados são produtos básicos de higiene, o que não deveria acontecer, pois deveriam ser fornecidos pelo próprio Estado. Esta desatenção por parte do poder público facilita a entrada de objetos ilícitos na prisão.

Caso o visitante seja pego tentando adentrar no sistema prisional com objeto ilícito, responderá apenas por um crime de menor potencial ofensivo, já o recluso, poderá sofrer sanções administrativas, por exemplo, o RDD⁹⁷.

Hoje em dia é comum encontrar drogas, celulares, armas brancas e armas de fogo dentro dos presídios brasileiros, levados por visitantes ou por agentes públicos que receberam propinas (corrupção) oferecidas pelos presos para obtenção de objetos ilícitos e privilégios dentro do presídio⁹⁸.

⁹⁶ Assim, no Estado de São Paulo, a secretaria da administração penitenciária traz um rol de regras para as mencionadas visitas: o recluso precisa registrar na administração do presídio uma lista com o nome das pessoas que deseja receber visitas, sendo apenas e possível receber visita de parentes de até 2º grau (pai, mãe, avós, irmão, filhos, netos) e de cônjuges ou companheiro cujo vínculo afetivo seja comprovado, desde que eles estejam no “rol de visitas” apresentado pelo próprio recluso à administração presidiária, disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/>.

⁹⁷GOMES, Luiz Flávio, Direito Penal: Parte Geral; destaca que por força da Lei nº 10.792 de Dezembro de 2003, que alterou a redação da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penal que introduziu – se no país o chamando regime disciplinar diferenciado, que, nada mais significa que o estabelecimento de regras mais rígidas dentro do regime fechado. ob. cit., p. 863.

⁹⁸Cfr. No ano de 2002, no Presídio Professor Anibal Bruno na Cidade de Recife, o batalhão de choque da polícia militar de Pernambuco realizou uma grande operação, na qual encontrou em posse dos

Na realidade, o sistema prisional é cheio de falhas, para muitos doutrinadores este sistema está falido, pois na maioria das vezes os objetos ilícitos que entram nos presídios são adquiridos através do descuido carcerário, que facilita essa entrada, e conseqüentemente tornando-a responsabilidade do Estado⁹⁹.

2.2 - As visitas íntimas

A problemática em torno do direito de visita íntima ao internado só aparece na história do direito brasileiro com o domínio da LEP de 1984, vigente até os dias de hoje. Apesar do direito reservado aos reclusos do encontro privado com o cônjuge ou companheiro, ser bastante nova no ordenamento jurídico brasileiro, outros países já traziam essa possibilidade, no México, já existe desde 1924, sendo uns dos primeiros países a admitir a visita íntima¹⁰⁰. O Governador do Distrito Federal firmou um acordo permitindo aos reclusos de boa conduta e que comprovassem seu casamento civil, receber a visita de seus cônjuges, após cinco anos, em 1929 suprimiu a existência de vínculo matrimonial e, em 1933 alongou a visita íntima aos presos provisórios¹⁰¹. Em 1931 foi a vez da Argentina que começou a permitir a visita de esposas e amantes na prisão de Tucumán, e no ano de 1932, a prisão de Corrientes passou a admitir a visita de prostitutas¹⁰². Em 1938, Cuba adotou a visita conjugal, (art. 51, § 2^a, do Código de Defesa Social)¹⁰³. Já nos Estados Unidos adotou a visita íntima no Mississípi (Parchman)¹⁰⁴ e na Califórnia com resultados satisfatórios bem razoáveis¹⁰⁵.

delinquentes telefones celulares, cachimbos para o uso de crack, maconha e facas artesanais, disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-3.asp>.

⁹⁹ Nete sentido, L Radzinowicz, apud JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia ...* ob. cit., página 7/8, que definir dois princípios: “1º que o principal objetivo do direito criminal e da ciência criminal é prevenir os abusos por parte das autoridades; 2º, que o crime não é uma entidade de facto mas entidade de direito (entity in law)”. Assim PARGA OTERIO, apud ROGÉRIO GREGO, *Direito ...*, ob. cit., página 301. Quanto a crise das prisões: “a prática intracarcerária deve encaminhar-se à proteção dos direitos do homem. Sem embargo, a atual realidade penitenciária de um número elevado de países encontra-se longe de alcançar esses propósitos, ocorrendo constantes vulnerações aos direitos fundamentais das pessoas que se encontram privadas da liberdade, tanto no que diz respeito à sua integridade física, alimenta, saúde, comunicação, acesso a um processo justo, entre outros”.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Falência...*, p. 217.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Neste sentido, Columbus B. Hopper, apud BITENCOURT, Cesar Roberto, ob., cit., p. 217.

¹⁰³ Cfr. Eugenio Cuello Calón, apud BITENCOURT, Cesar Roberto, ob., cit., p. 217.

¹⁰⁴ Assim, René Short, apud BITENCOURT, Cesar Roberto, ob., cit., p. 217.

Em um primeiro momento apenas ao preso do sexo masculino de maior idade era assegurado o direito de receber visitas íntimas, entretanto, mais tarde foram estendidas às mulheres¹⁰⁶, no ano de 2001, após 17 anos de violação das garantias constitucionais em relação ao preâmbulo da Constituição ao art. 5ª CF e aos direitos sexuais das mulheres presas. Já para os menores infratores¹⁰⁷, este direito só foi garantido após 25 anos e, aos “homossexuais,”¹⁰⁸ após 27 anos.

Dentro desta óptica, o direito à intimidade e à privacidade, no que concerne à visita íntima do apenado no Sistema Penitenciário Brasileiro, está preservado para todos os sexos. Apesar deste direito ser assegurado pela CF, não havia previsões das regras mínimas para o tratamento do recluso no Brasil. O Estado Democrático, através de consolidadas na resolução 14, de 11 de novembro de 1994, do CNPCP que trata das regras mínimas para o tratamento do recluso não previu o direito a visita íntima, nem na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP), que estabelece, no artigo 41, inciso X, apenas a visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias pré-estabelecidos, que podem ser suspensas ou restringidas, por meio de ato motivado do diretor do estabelecimento.

Apenas ao longo dos anos o Poder Legislativo garantiu este direito através de projeto de lei apresentado em 1999, pela Deputada Maria Elvira ao Congresso Nacional o projeto de Lei 107 de 1999, alterando o art. 41 da LEP, incluído o inciso XI (visita íntima). Justificando que: “*Sabe-se que a abstinência sexual imposta pode gerar danos*

¹⁰⁵ Ruth Cavan e Eugene Zemans, *Marital relationships of prisoners in twenty-eight countries*, 1958, p. 137.

¹⁰⁶ Assim, a visita íntima foi regularizada às mulheres pela primeira vez em 1999. No Estado de São Paulo, o direito à livre disposição da própria sexualidade da mulher aprisionada só foi reconhecido em dezembro de 2001. Atender que a atividade sexual é elementar e instintiva. Sendo assim, é impossível seu controle por meio do encarceramento. É contraditório buscar a ressocialização da aprisionada, ao mesmo momento em que se ignora a questão sexual, acreditando que esta não merece atenção especial. Ao ser reprimido o instinto sexual, não se contraria apenas as leis da natureza, mas também a vontade do indivíduo. BITENCOURT, *ob. cit.*, p. 202-203.

¹⁰⁷ Jovens que cumprem medidas socioeducativas terão direito a receber visitas íntimas nas unidades, idêntico ao Art. 67 e seguintes da lei federal 12.594 de 18.01.2012. A lei deverá começar a ser cumprida nas unidades socioeducativas do sistema jurídico, contudo, há algumas limitações para a concessão de visitas íntimas, distintamente do sistema carcerário. “*Só poderão receber visitas íntimas os adolescentes que forem legalmente casados e, nesse caso, podem se casar os maiores de 18 anos e os de 16 anos que forem emancipados*”.

¹⁰⁸ A privação sexual imposta pode gerar problemas psicológicos, ajudando condutas inadequadas, deformando a autoimagem do delinquente, destruindo sua vida conjugal e induzindo a desvio de conduta, segundo a orientação sexual original, forçadamente, e muitas vezes com graves sequelas psicológicas, neste sentido BITENCOURT: “*A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a personalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente*”, *ob. cit.*, p. 220.

às pessoas humanas. Vários autores que tratam do assunto já realçaram que ela pode contribuir para o desequilíbrio da pessoa, aumento da violência e agressividade, favorecer condutas inadequadas e propiciar um aumento de tensão no estabelecimento prisional”.

Diversos projetos, buscando alterar a LEP, para garantir o respeito à orientação sexual do recluso e assegurando a visita íntima para homens e mulheres em igualdade de direito, foram apresentados, dentre os quais se citem:

Primeiramente projeto de Lei nº 4.684 de 2001 – que altera o art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a LEP. “*Art. 1º Os incisos X e XI, do art. 41, da Lei 7.210, passa a vigorar com a seguinte redação: [...]Art. 41[...]XI - manter relações sexuais, pelo menos uma vez por semana, com cônjuge, companheiro ou companheira, namorado ou namorada, respeitada sua orientação sexual;*”¹⁰⁹.

Em segundo lugar, o projeto de Lei nº 1.510 de 2011 – adicionando o inciso XVII ao art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 Julho de 1984 – LEP, para autorizar visita íntima em igualdade de condições e regras para reclusos de ambos os sexos. Assim o Congresso Nacional decreta: “*Art. 1º Esta lei acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos. Art. 2º O art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XVII: Art. 41[...]XVII - Visita íntima em igualdade de condições e normas para ambos os sexos. Fica, ainda, assegurada visita íntima para presos (as) com orientação sexual homoafetiva ... (NR)*”¹¹⁰.

Com a necessidade de amparar este direito dos reclusos, o CNPCP, promulgou a resolução nº 1 de 30 de março de 1999, na qual “recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres fosse assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais”¹¹¹, instituindo uma norma que resguarde o direito a visita, sem qualquer distinção, inclusive quanto à ocorrência da visita íntima ser hétero ou homossexual.

A resolução n. 1 do CNPCP que buscou o direito de igualdade de direitos perante os sexos foi revogada pela Resolução n. 4, de 29 de junho de 2011 - CNPCP, diligenciando as normas de acordo com a necessidade social, recomendando “aos

¹⁰⁹Cfr. Projeto lei nº 4.684 de 2001.

¹¹⁰ Cfr. O projeto de Lei nº 1.510 de 2011.

¹¹¹ Resolução nº 1 de 1999.

Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres em que seja garantido o direito a visitas íntimas ao preso, recolhido nos estabelecimentos prisionais”¹¹², garantindo e formulando uma regra para ser seguido em todos os estabelecimentos prisionais.

Na Resolução n. 4, de 29 de junho de 2011, o recluso podia receber visita íntima independentemente do sexo, rompendo preconceitos. Neste sistema penitenciário, dava-se primazia, como teremos oportunidade de constatar já em seguida, sobretudo, a visita íntima na LEP, para que o recluso não ficasse sem o seu direito enquanto do cumprimento da pena.

Para tal, previa-se uma forma diferente de tratamento perante os sexos, que com a chegada desta resolução resguardou o direito para ambos os sexos, consagrando segundo os quatro primeiros artigos: “*Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas. Art. 2º - O direito de visita íntima é, também, assegurado às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva. Art. 3º - A direção do estabelecimento prisional deve assegurar a pessoa presa visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês. Art. 4º - A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício*”.

Assim, apesar de haver a garantia prevista em lei, é resguardado um limite mínimo no seu cumprimento, podendo ser restrita em situações de aplicação de infração disciplinar relacionada à sua prática.

O Decreto Federal n. 6.049 de 27 de fevereiro de 2007, aprovou o regulamento Penitenciário Federal, harmonizando, em seu artigo 95 que diz “*que a visita íntima visa fortalecer as relações familiares do detento e será regulamentada pelo Ministério da*

¹¹² O Presidente do Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária, no uso de suas atribuições e, considerando constituir-se a visita íntima em direito constitucionalmente assegurando a pessoa presa; considerando dever-se recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que evitem o máximo esforço no sentido de que as pessoas presas tenham condições de usufruir o direito da visita íntima; considerando o atual Plano de Política Criminal e Penitenciária que dispõe que as diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direito e que as condições sexuais devem ser consideradas inclusive no campo criminal e penitenciário, garantindo visita íntima à população carcerária LGBT; considerando relatório do grupo de Trabalho Internacional Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino, editado pela resolução de nº 4.

Justiça”¹¹³. Seu parágrafo único garante, contudo, “*ser proibido visita íntima nas celas de convivência dos presos*”¹¹⁴.

O apenado, ao ingressar no sistema penitenciário, deve informar o nome do cônjuge ou parceiro/parceira para sua visita íntima. Assim compete à direção do estabelecimento prisional controlar, administrativamente, a visita íntima, cadastrando o visitante, organizando o cronograma de visitas e preparando o local apropriado para sua realização.

Contudo, o recluso ao indicar o nome do cônjuge ou parceiro/parceira só poderá receber visita íntima da pessoa indicada, para indicar outro nome, o detendo deverá cancelar, formalmente, a indicação anterior, segundo o constante no artigo 8º.

A aprovação das leis acima citadas veio tornar claro o direito de igualdade para ambos os sexos nas visitas íntimas, na verdade, é um direito que já estava implícito na CF. Estes projetos apenas diligenciaram para que fosse estendido também às mulheres, aos menores infratores e aos homossexuais, referindo-se a adultos casados ou que comprovadamente vivam em união estável, isto é, como se casados fossem, que possuam filhos, ou que possuam um relacionamento duradouro.

Embora o sistema legislativo, no Brasil, tenha demorado a progredir com este direito do reeducando outros países já o praticava nas medidas socioeducativas.

Apesar de o sistema penitenciário Brasileiro garantir os direitos fundamentais dos reclusos, nem sempre são cumpridos, seja por falha do sistema, ou por negligência dos policiais e do diretor do presídio, esta indiferença em relação à visita íntima foi cometida pelos legisladores no início, mas muitas foram as tentativas de projetos de lei para a alteração da LEP.

2.2.1 - Requisitos em que a visita íntima deverá realizar-se:

Para que este direito seja cumprido não basta só propiciar o encontro entre recluso e cônjuge ou companheira, o presídio deve oferecer condições e um ambiente adequado, de forma que recluso se sinta fora deste presídio mesmo estando ele dentro

¹¹³ Decreto Federal n. 6.049 de 27 de fevereiro de 2007, Capítulo I que trata das visitas em seu artigo 95 e parágrafo único.

¹¹⁴ *Ibidem*.

das arquiteturas do prédio, proporcionando assim um aconchego, buscando transportá-lo para um lugar familiar e a pensar no que o espera quando cumprir sua pena¹¹⁵.

Por fim este lugar deveria ser como um lar comum, e o mais comum possível, a fim de distanciar o recluso do seio prisional, levando-o para o seio natural de uma pessoa que esteja em liberdade, podendo usufruir de sua privacidade mesmo que seja só no momento da visita íntima.

2.2.2 As questões positivas relativas às visitas íntimas

As condições de vida dos presos deixam muito a desejar. Quanto à privacidade, considerando que a visita íntima é um fator primordial para a ressocialização do delinquente que busca a reintegração no meio social. A prática, sendo realizada com responsabilidade, só tem a trazer benefícios para os reclusos e a sociedade, porque os fazem manter um contato, ainda que limitado, com as pessoas que se deparam fora do presídio. Isto torna o preso um pouco mais incluso na sociedade. Desta forma, no momento em que o detento cumpre sua pena, não deverá sofrer discriminação, preconceito ou qualquer coisa que atinja a dignidade da pessoa humana. O processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e social.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, ensina em sua obra, *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*¹¹⁶, que: “*a adoção da visita íntima pode ser considerada como resultado da concepção que admite a necessidade impostergável de satisfazer os desejos sexuais e a prevalência que se dá [sic] à unidade familiar*”. Sendo de total importância para desenvolvimento no meio social, poderá por meio dele manter-se

¹¹⁵ Cfr. VALDÉS, Alberto Garcia. Comentario a la problema sexual de las prisiones. CPC, n. 11, 1980, p. 98., BITENCOURT, Cezar Roberto, *ob. cit.*, p. 218-219e (Sobre o referido tema, Mirabete (2000, p.121) comenta: “*Um dos problemas mais discutidos hoje no direito penitenciário, a respeito do assunto, é a denominada visita conjugal, sexual ou íntima ao preso Tem-se realçado que a abstinência sexual imposta pode originar graves danos à pessoa humana. Não se pode negar a existência da necessidade sexual, isto é, dos impulsos do instinto sexual, que se fazem sentir uma pessoa adulta normal. Grande parte dos autores voltados ao tema conclui que a abstinência sexual por período prolongado contribui para desequilibrar a pessoa, favorece condutas inadequadas, conduz, em muitos casos, ao homossexualismo, pode tornar se verdadeira obsessão para o preso e criar um clima tenso no estabelecimento penitenciário, originando graves distúrbios na vida prisional*”.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão...*, *ob. cit.*, p. 217-222.

inserido na sua vida sexual, na sua intimidade familiar, reduzindo a tensão e violência dos reclusos¹¹⁷. Outro ponto ligado à visita íntima é o não desenvolvimento das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), que ocorrem através das relações sexuais entre reclusos. Assim, depreendemos serem as visitas íntimas positivas.

A sentença penal condenatória quando restringir o direito de liberdade, não pode e não deve retirar a visita íntima do recluso, que é portador de direitos e deveres, podendo apenas ser suspenso ou restringido por falta de não cumprimento dos deveres previstos em lei ou para garantir a função da pena.

O Sistema Penitenciário Brasileiro desde 1984, com o surgimento da lei de execução penal, travou uma verdadeira guerra para garantir os direitos dos reclusos em busca dos benefícios da visita íntima para ambos os sexos e menores infratores, lutando contra desigualdade e desrespeito para com o detento.

2.2.3 As questões negativas concernentes às visitas íntimas

A visita íntima é reconhecida para todos os sexos no ordenamento jurídico brasileiro, o que afasta um pouco o controle do Estado em relação aos contatos do recluso com o mundo exterior, isso, por vezes acarreta más intenções por parte dos detentos, surgindo assim a oportunidade de continuar no mundo do crime através do

¹¹⁷ Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto, *ob. cit.*, p. 218-219, que em todo o caso justifica a visita íntima passível de evitar aberrações sexuais que ocorrem no interior da prisão, diminuir a tensão (...) e estimula a manutenção dos laços afetivos e familiares do recluso. José Roberto Antonini, já em 1990, publicou os resultados de uma pesquisa feita em estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, em que: “O resultado foi muito melhor que o esperado. Caiu intensamente o índice de violência sexual nos presídios e arrefeceu-se a tensão emocional dos presos deixando de ocorrer o fato, este sim degradante, de os detentos terem relação sexual com suas mulheres em pleno pátio, por ocasião das visitas comuns, dentro do círculo humano formado por outros presos para ocultar a cena às vistas grossas dos vigilantes, acontecimento então corriqueiro na Casa de Detenção de São Paulo. Ademais, protegeu-se assim a difícil subsistência da relação afetiva do sentenciado com seu cônjuge, ao mesmo tempo em que atendeu quanto a este o princípio da pessoalidade da sanção criminal”. Nucci, Guilherme de Souza, manual de direito penal. Parte geral – parte especial. Edição 3º. Rev., atual. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 994-995. Comenta sobre os benefícios desse instituto: [...] não somente incentiva a ressocialização como inibe a violência sexual entre presos, aspectos de maior relevo, a merecer consideração do legislador, regulamentando-o na Lei de execução Penal (...), por outro lado, cremos ser necessário democratizar esse novo direito à visita íntima, permitindo que o maior número possível de presos dele possa fazer uso, sem preconceitos, discriminações de toda ordem e com regras e critérios previamente estabelecidos.

aproveitamento da visita íntima, seja através da obtenção de objetos e produtos ilícitos ou como meio de mandar ordens para a facção criminosa a qual pertença. Pode o recluso, assim, passar ordem por esta visita, e com este mecanismo da intimidade entre recluso e visitante prosseguir no crime¹¹⁸.

Não podemos negar que a população carcerária tem a tendência de buscar mais relações sexuais, inclinando assim para os contatos homossexuais, seja por falta de amante ou por imposições dos próprios reclusos, pois o sistema prisional não apresenta e não resguarda a integridade física do detento. Estas relações são comuns, pois os próprios presos têm suas leis que não conseguem ser restringidas pelo sistema.

Outro problema que pode suceder é a realização da prostituição. Evidentemente os reclusos que não têm parceiras buscam essas relações, pois não conseguem um relacionamento dentro do sistema prisional¹¹⁹. Os presídios, em sua grande maioria, não têm instalações adequadas para os encontros íntimos, podendo assim ocorrer casos em que os reclusos vendem suas parceiras para outros colegas, com o intuito de sanar dívidas oriundas de drogas ou até mesmo para garantir sua integridade física.

No dizer de ANTONIO AGGIO JUNIOR que “*a exploração sexual dentro de presídios tem sido uma maneira que adolescentes encontraram para ajudar no orçamento familiar*”, isto porque, vão “*à procura de dinheiro para a compra de comida para a família*”. O destino da adolescente é sempre o mesmo: o presídio Adriano Marrey, na cidade de Guarulhos, São Paulo, onde ocorreu este acontecimento, a adolescente era “*obrigada a se prostituir para os detentos, enquanto sua mãe assiste tudo de perto, segurando o choro*”. “*Odeio aquele lugar, odeio aquelas pessoas, mas tenho de fazer aquilo para não morrer de fome*”¹²⁰, disse a adolescente.

Do que foi dito, podemos já inferir, que a visita íntima pode ter dois lados. De um lado há o favorecimento do recluso, buscando a aproximação ao seio familiar, à

¹¹⁸ “É indiscutível haver pontos negativos, levantados por parcela da doutrina: a) o direito à visita íntima retira o controle integral do Estado em relação aos contatos entre presos e pessoas de fora do estabelecimento penal; b) permite-se, dessa forma, o ingresso de instrumentos e aparelhos celulares, pois não é possível fazer a revista pessoal no visitante de maneira completa, até por ser uma questão de invasão de privacidade; c) pode-se incentivar a prostituição, uma vez que o preso solteiro, pretendendo fazer valer o direito, tende a servir-se desse tipo de atendimento; d) se a prisão não deixa de ser um castigo, a possibilidade de acesso ao relacionamento sexual periódico torna a vida no estabelecimento prisional muito próxima do cotidiano de quem está solto; e) o ambiente prisional não é adequado, nem há instalações próprias para tal ato de intimidade, podendo gerar promiscuidade; f) há presos que são obrigados a vender suas mulheres a outros, para que prestem favores sexuais em virtude de dívidas ou outros aspectos”. Estas afirmações é do autor Guilherme de Souza Nucci. Manual de Processo Penal..., *ob. cit.*, p. 995.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Cfr. JUNIOR, António Aggio, segundo um artigo de Jornal 12. 2003, p. 01.

reintegração ao meio social, já o outro lado, retira o controle do Estado, proporcionando uma entrada de objetos como drogas, celulares e entrada de mulheres para a prática de prostituição, sendo, muitas vezes, favorecida pelos guardas prisionais, fugindo assim as regras do sistema prisional.

3 - Do direito de correspondência

No que diz respeito à possibilidade da violação de correspondências de indiciados, acusados e de reclusos, autoridades policiais, magistrados e membros do Ministério Público, diariamente enfrentam questões relacionadas ao direito de sigilo das correspondências.

No sistema prisional brasileiro, há constantes desrespeitos por parte das autoridades responsáveis pelo cumprimento da pena, apesar de tratar-se de dispositivo de lei fundamental, com importância para o sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

O sigilo da correspondência é constitucionalmente assegurado, desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (primeira Constituição Brasileira), em seu art. 179, inciso XXVII, diz que “*o segredo das cartas é inviolável*”. Na Constituição de 1891, conhecida como república velha, e de 1934 que foi redigida “para organizar um regime democrático, que assegure a Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”, segundo o próprio preâmbulo, a matéria estava disciplinada com enunciado idêntico – artigos 72, § 18 e artigo 113, 8 – respectivamente, dizendo que “é inviolável o sigilo da correspondência”. Foi a carta constitucional que menos durou em toda a história brasileira: durante apenas três anos, mas vigorou oficialmente apenas um ano¹²¹.

A carta de 1937, com seu cunho ditatorial, assegurava em seu artigo 122, 6, “*A inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções previstas em lei*”.

¹²¹ Na base desta limitação do direito ao respeito da correspondência dos presidiários devendo ser respeitado esta norma e “considera – los também beneficiários da liberdade , [...] Na aplicação desse comando, têm – se entendido como desnecessário ou abusivas as restrições à correspondência dos presos” Neste sentido, SAMPAIO, José Adércio Leite, Direito à Intimidade..., pagina 124.

A de 1946, que representou a redemocratização do país, no artigo 141, § 6º, dizia que “*É inviolável o sigilo da correspondência*”, não prevendo nenhuma ressalva.

A Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, deixava estampado, no artigo 153, § 9º, que “*É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*”, o que além de acrescentar novos meios de comunicação que devem ter seu sigilo garantido, não trouxe, expressamente, nenhuma ressalva quanto à garantia.

Dentro deste âmbito, a atual CF de 1988 vem assegurar a todos os seres humanos direitos e garantias, como o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à igualdade entre as pessoas, à inviolabilidade da liberdade de consciência, à vida privada, à intimidade e à inviolabilidade do sigilo de correspondência. Direitos e garantias estas, que orientam as autoridades, o intérprete, o legislador e todos os membros da sociedade, para a condução de uma vida em comunidade consoante aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, os responsáveis pelos presídios ou cárceres, entendem que os reclusos não são portadores de direitos e deveres. Grande parte desses presídios não têm as mínimas condições de cumprimento digno da pena, e os responsáveis por estes estabelecimentos agem como se os reclusos só tivessem deveres a cumprir.

Assim, os responsáveis agindo com afronta a esse direito, que também é concedido aos reclusos, devassam as correspondências, tanto as respondidas quanto às enviadas, ferindo assim, a intimidade e privacidade.

Segundo a doutrina, porém, deve-se fazer a diferença entre abrir a correspondência e se apossar do seu conteúdo. O acesso ao conteúdo é o que retrata o desrespeito à privacidade e não a simples abertura do envelope.

Deste modo, os responsáveis pelos cárceres afrontam não só a Constituição, mas também as leis esparsas, tratados internacionais. A CF consagra o direito à integridade física e moral do preso no art. 5º, XLIX. O Código Penal brasileiro, em seu artigo 38, estabelece que “*o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*”. O art. 41 da Lei de Execução Penal elenca direitos do preso e, entre estes, o inciso XV traz o direito de comunicação: “*contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes*”. Na Declaração Universal dos Direitos do

Homem em seu artigo 12º e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem em seu artigo 8º, n. 1.

Não há dúvidas de que os reclusos possuem direito à inviolabilidade de correspondência, contudo, não existe vedação absoluta do acesso ao conteúdo das correspondências ou da sua utilização como prova.

Os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podem ser relativizados em detrimento de outros direitos e garantias, a propósito, afirma GILMAR FERREIRA MENDES, que o “*sigilo das comunicações não é só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento: exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade – ambos fundamentais*”¹²². Assim descreve o art. 240, § 1º, f, do CPP: *Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...] f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*

Para outros autores, como o professor PAULO RANGEL, entende que este dispositivo legal não foi recepcionado pela CF, pois, não pode haver violação de correspondência, nem por ordem judicial, conforme o art. 5º, XII da CF, entendendo ser este sigilo absoluto.

Ora, o artigo 5º, XII da CF: *Art. 5º. [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

Para o professor PAULO RANGEL, “*o legislador constituinte não quis estender o alcance da expressão ‘último caso’ ao sigilo da correspondência*”¹²³, entendendo que este sigilo é absoluto.

Ocorre que, o direito penitenciário é formado pelo conjunto de normas derivadas do Direito Constitucional, Direito Penal, Processo Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho e da contribuição das Ciências Criminológicas, sob os princípios de proteção do direito do preso, humanidade, legalidade, jurisdicionalidade da execução penal.

¹²² MENDES, Gilma Ferreira, e outros. Curso de direito Constitucional..., *ob. cit.*, p.382.

¹²³ PAULO RANGEL. Direito Processual Penal. 7º Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.258.

3.1- Da violação e da utilização de provas ilícitas no processo

Nota-se que muitos dos reclusos, mesmo em cumprimento da pena, continuam a cometer crimes por meio do contato com o mundo exterior através do advogado, como vimos no tópico anterior, ou através de correspondência, telefones, etc.

Dentro do sistema prisional forma-se um novo mundo voltado para o recluso, um mundo de regras, tendo por principal objetivo a ressocialização do detento. Este, por sua vez, ao cometer novos crimes sofrerá novas sanções.

Por meio das correspondências, aos reclusos, é possível fazer ligação entre os presidiários e acontecimentos no mundo exterior, sendo que para o Código de Processo Penal, via de regra, todo meio de prova poderá ser admissível, desde que lícita, havendo provas inominadas, erigidas sob o princípio da liberdade da verdade real do qual deriva o princípio da liberdade de prova¹²⁴.

Refere à redação da CF no artigo 5º, XII, que “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Embora autorização expressa para a violação excepcional contida no artigo 5º, XII, CF, refira-se tão somente às comunicações telefônicas, a garantia da inviolabilidade das correspondências também não é absoluta¹²⁵, visto que não existem direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto no estado brasileiro.

Assim, numa situação concreta em que achar-se em jogo outros valores constitucionalmente protegidos (direito à vida, por exemplo), poderá ocorrer a violação das correspondências, para proteger um direito maior.

¹²⁴Poderíamos aqui distinguir que o direito à prova conta com várias limitações, não é um direito ilimitado. Com efeito, a prova deve ser pertinente. Vide: art. 184 do CPP, art. 212 do CPP, art. 233 do CPP; lei 9.099/95, art. 81, § 1º e art. 207.

¹²⁵Estes limites estão previstos nas normas constitucionais que o autor JÚLIO FABRINI MIRABETE, Manual de direito..., ob. cit., paginas. 199: comenta que, a Constituição no seu artigo 5º, XII. Revogar os artigos 240, § 1º, f, do Código de Processo Penal, e da Lei de Falências o artigo 63, II. Podendo o “*contato com o mundo exterior*” por meio de correspondência do recluso passar ser suspenso ou restrito. Neste sentido o Estado pôde o mais, priva fisicamente o recluso do contato com o mundo exterior com a imposição da pena privativa de liberdade, poderá ainda por motivadamente, alargar este insolamento suspendendo ou restringindo, sempre temporárias, do contato por correspondência.

Neste sentido, através da análise jurisprudencial do STF, é clara a possibilidade de interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados, sempre que tais liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como ferramenta de defesa de práticas ilícitas¹²⁶.

A questão central a ser tratada é a seguinte: a possibilidade de haver ou não violação nas correspondências dos reclusos, se esta violação poderá ser utilizada no novo processo penal contra eles ajuizado e se pode ser usado como prova ou impulsionador de novo processo contra os que venham praticar novos crimes.

Acerca das apreensões das correspondências, doutrinadores portugueses e brasileiros, ensinam que essas correspondências regulares de comunicações entre o preso e o mundo exterior, podem ser interceptadas pelo diretor do estabelecimento prisional, com fundamento em manter a ordem pública, disciplina carcerária ou para manter a prevenção jurídica¹²⁷.

Nesta ordem de ideias, parte-se do pressuposto de que as correspondências destinadas a detentos em cumprimento de pena, ou seja, em poder do Estado, poderá ser violada e utilizada em juízo como prova¹²⁸.

4- Do direito a conversas telefônicas

No mesmo sentido abordado no tópico anterior, todos os reclusos têm direito de contato com o mundo exterior, dessa forma o ordenamento jurídico brasileiro prevê o

¹²⁶Conforme a lição do Ministro Celso de Mello, na HC nº 70.814-5/SP de 01.03.1994: “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de prevenção da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetido pelos sentenciados, eis que a cláusula tutela da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

¹²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo Olhar...*, *ob. cit.*, p. 222. A autora traz em sua doutrina proposta para “o projecto de proposta de lei de execução das penas” no sistema jurídico Português.

¹²⁸ Embora o texto constitucional preveja inviolável o sigilo da correspondência, o próprio texto constitucional prevê circunstâncias excepcionais que admitem a restrição dessas garantias, como o estado de defesa e o estado de sítio. Assim o Ministro do STF Celso de Mello, na Ext. 1.021, de 06.03.2007: “essas hipóteses excepcionais, no entanto, que autorizam o afastamento da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas – que não se reveste de caráter absoluto, como qualquer garantia de índole constitucional (RTJ 148/366 – RTJ 173/805-810 – RTJ 182/560, 567 – RTJ 190/139-143, v. g.) – podem ainda estender-se, extraordinariamente, a outros casos, desde que o Estado, em situação de **anormalidade** (que se revele por efeito de sua natureza mesma derogatória do regime de legalidade ordinária), venha a utilizar, apoiando-se nos mecanismos especiais de proteção de sua ordem institucional, dos denominados poderes de crise, que a própria Constituição da República lhe outorga na vigência do **estado de defesa** (CF, art. 136, § 1º, I, ‘c’) ou do **estado de sítio** (CF, art. 139, III).”

direito de comunicação do apenado com quem está de fora do cárcere, por meio de “*correspondências escritas, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes*”¹²⁹.

A intimidade e a vida privada são tratadas por vários países no âmbito de direito fundamental, análogo aos direitos e garantias concedidas a todas as pessoas que intervenham num processo penal, dando proteção aos meios de comunicação do recluso, introduzida pela Constituição Federal, estabelecendo que: *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XII - inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

Determinada a base constitucional, enseja o fundamento de duas regras para o direito penitenciário, surgindo assim, legislações infraconstitucionais para garantir o direito aqui tratado, como pode ser visto nos artigos 41, inciso XV, da LEP e 185, §5º, do CPP, *in verbis: Art. 41. Constituem direitos do preso: [...]XV- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. [...]§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.*

Uma questão interessante é a realização deste direito do recluso de comunicação, inclusive, por meio telefônico. Sabe-se que a lei não determina limitações, de quantidade de vezes que o recluso pode ligar por mês, apenas sugere a gratuidade das mesmas.

¹²⁹ Cfr. Lei de Execução Penal, art. 41, inciso XV.

Para normatização desse direito de comunicação, foi editada a resolução n. 14 de 1994 pelo CNPCP, por sua vez, estabelecendo, no art. 33, § 1º, que o uso de qualquer meio de telecomunicação depende de autorização do diretor do estabelecimento carcerário, vejamos: *Art.33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas. § 1º. A correspondência do preso analfabeto pode ser, a seu pedido, lida e escrita por servidor ou alguém por ele indicado.*

Observa-se que se faz necessária a existência de mais dizeres previstos por parte da legislação, pois a falta de previsão expressa quanto ao que se refere às ligações telefônicas, o sistema penitenciário tende a grandes dificuldades de lidar com este meio de comunicação. Assim, só encontramos respaldo legislativo com larga efetividade, assegurando este meio de comunicação com o advogado (artigo 185, do CPP).

Toda prisão em flagrante será imediatamente “*comunicada ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada*”¹³⁰. No entanto, o direito de comunicar a sua prisão a pessoa por ele indicada não deve ser confundido com o direito do recluso de se comunicar com o mundo exterior. Mas, após o efetivo encarceramento, decorre o direito de comunicação com os familiares por todo o tempo em que o recluso permanecer em cumprimento de pena, independentemente do regime imposto na sentença ou da pena aplicada.

Como não há menção expressa ao uso do telefone, se faz necessário uma autorização do juiz da execução para tanto, o qual disciplinará a frequência e a duração das chamadas. Mas é compreensível que este dispositivo deva ser interpretado de maneira ampla, permitindo que o recluso utilize qualquer meio de informação e não apenas o telefone. Entendemos que este dispositivo permite o uso de qualquer meio de comunicação!

Neste âmbito, uma das questões que merece ser trazida a lume é o direito de comunicação por telefone com o advogado e o uso por parte do Estado de gravação da conversa entre ambos, recorrendo às palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*as escutas telefônicas são os meios de provas mais invasivos dos direitos e liberdades*

¹³⁰ Cfr Código de Processo Penal, art. 306.

*fundamentais das pessoas (...).Constituem uma violação do Estado ao direito que o arguido tem de não contribuir positivamente para sua condenação”*¹³¹.

Muito se tem comentado sobre a polémica envolvendo a gravação da conversa entre advogado e recluso que cumpre pena privativa de liberdade. De um lado, juízes e promotores defendem a medida como técnica de investigação contra criminosos de alta periculosidade, de outro, advogados repudiando a medida, considerando que viola o “*sigilo profissional*”¹³², o direito de conversa pessoal e reservada, bem como o próprio direito à ampla defesa.

Por isso, nossa opinião, assim como a grande maioria dos advogados criminalistas, associações de advogados e a própria “OAB”, é contra a gravação da conversa entre advogado e preso. No entanto, ao contrário do que pregamos, estas instituições parecem assentir na conversa entre advogado e recluso por meio de parlatórios, como se já fosse fato consumado. Em outras palavras, parecem legitimar o uso dos parlatórios, como se a discussão necessária fosse apenas as relativas às gravações ou não de conversas. Pautamo-nos no contexto de que deve ser discutido e repudiado pela advocacia o próprio uso de parlatório e interfones na conversa entre advogado e presos.

Segundo o art. 7º, inciso III, do Estatuto da OAB, Lei 8.906 de 1994, afirma ser direito do advogado “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, quando estes se acharem presos detidos ou recolhidos em estabelecimento civis ou militares”

¹³³.

Dentro deste critério, segundo ALBERTO ZACHARIAS TORON e ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR, expõem os criminalistas que a imposição ao advogado de que sua conversa com o seu assistido se dê por meio de um interfone atenta contra o caráter pessoal da conversa: “*A imposição ao advogado de que sua*

¹³¹ MANUEL da Costa Andrade, I Congresso de Processo Penal, Memórias coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente. Das escutas telefônicas, p. 216-217. Ver sentença TEDH, Khan c. Reino Unido de 12 de Maio de 2000. Onde foram colocadas escutas telefônicas para efeitos de investigações criminais, constitui uma violação do direito à vida privada, consagrado no artigo 8º da CEDH.

¹³² Segundo Rodrigo Santiago, *ob. cit.*, p. 103-104 “o segredo profissional encontra as suas raízes mais profundas nos princípios fundamentais da inviolabilidade da pessoa humana, da dignidade e da intimidade, em todas as manifestações que são próprias destes direitos, designadamente as privadas, morais, artísticas, técnicas, económicas, jurídicas, sentimentais, físicas e psíquicas. Logo, “*le secret professionnel relève, même sans texte, de l’intérêt général de l’humanité*”.

¹³³ Cfr. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 7º, III, reserva ao réu o direito de comunicar-se, de forma pessoal e reservada, com seu advogado. Aos defensores públicos, a Lei Complementar 132 de 2009 veio incluir entre suas prerrogativas a proteção à entrevista pessoal e reservada com o assistido, garantindo ainda, que deve ocorrer independentemente de prévio agendamento, o que deve ser aplicado analogicamente aos advogados.

conversa com o seu assistido se dê por meio de um interfone atenta contra o carácter pessoal da conversa. Sim, porque quando o texto legal fala que o advogado tem direito de comunicar-se pessoal e reservadamente com seus clientes, a expressão pessoal, na dicção do Estatuto, quer dizer sem mediação, ou seja, repele tanto o terceiro que possa funcionar como intermediário, uma espécie de leva e traz, como o telefone, o fax, a Internet, a videoconferência e, também, o interfone. Quisesse o legislador cuidar apenas do problema relativo ao sigilo da conversa entre o advogado e seu cliente, teria utilizado apenas a expressão reservadamente o acréscimo quando ao carácter pessoal da conversa tem a ver, obviamente, com a ausência de mediação, inclusive quanto ao meio elétrico-eletrônicos, com a ausência de utilização dos interfones não oferece ao advogado a segurança necessária quanto ao sigilo da sua conversa com o preso”¹³⁴.

Assim o STF se manifestou no Habeas Corpus n. 130894, julgado em 16 de abril de 2010, a ordem foi negada por três votos a um, o voto vencedor foi do Ministro JORGE, em que prevaleceu o de que seja respeitado o sigilo e a privacidade da advocacia. Acrescentou que foi oportunizada a conversa pessoal e reservada antes da realização do interrogatório, o que por si só afastaria qualquer constrangimento ilegal. O voto vencido do Ministro NAPOLEÃO NUNES, destacou que o interfone tira a espontaneidade da entrevista, devendo a conversa ocorrer em uma sala, sem qualquer intermediação.

Defendemos que o entendimento exposto no voto do Ministro NAPOLEÃO NUNES deve prevalecer, e pelo qual os advogados devem lutar. A conversa com seu cliente preso deve ocorrer numa sala, sem qualquer barreira ou obstáculo entre ambos, podendo manusear cópia dos autos e demais documentos necessários à defesa. É por isso que o art. 133 da CF diz que: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”¹³⁵.

É importante salientar que este meio de comunicação telefônica do recluso têm duas vertentes, a primeira vertente é que o detento busque através destes meios manter contato com os seus familiares e amigos, operando, deste modo, uma extensão do conteúdo do direito de contato com o mundo exterior; a segunda se refere ao fato de que esses mesmos aparelhos telefônicos (celulares), que garantem o contato do recluso com o mundo exterior, possam ser adquiridos de forma ilícita, através dos “advogados, dos

¹³⁴Cfr. TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. Prerrogativas profissionais ..., *ob. cit.*, p. 145-149.

¹³⁵ Como nota 63.

visitantes (visita íntima) e até mesmo dos agentes penitenciários, propiciando a prática de atos ilegais”.

Um exemplo da falha do sistema prisional em relação ao controle das comunicações dos presos, dotada de grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, foi uma grande rebelião comandada por um detento: “*Sombra, que em fevereiro de 2001, comandou a primeira rebelião simultânea em 29 presídios no Estado de São Paulo, organizado por meio de telefone celular, foi a maior rebelião do Sistema Prisional Brasileiro*”¹³⁶.

Diante do exposto, podemos concluir que, na generalidade dos casos concretos envolvendo o uso de telefone, não é possível impedir que este meio de comunicação seja afastado do seio do sistema prisional brasileiro, pois se encontra enraizado à falência do sistema prisional.

5 - Do direito/punição de isolamento

Há aproximadamente 183 anos entrava em vigor o primeiro Código Penal, de 16 de dezembro de 1830, promulgado pelo Imperador D. Pedro I – o Código Criminal do Império – filiado, lembrando as douradas palavras de NELSON HUNGRIA, “*à corrente de ideias do iluminismo*”. *Vigou até 1890, fazendo com que a cultura jurídica nacional fosse almejada por vários penalistas estrangeiros*¹³⁷.

De todo o visto até agora, é dado que o direito à vida privada do recluso no sistema prisional está resguardado no seio jurídico, porém, na prática, o sistema está falido.

Para além do já visto, o isolamento do recluso é obrigação imposta com medida especial carcerária, impondo regras mais rígidas. Os reclusos a que forem impostos este

¹³⁶ Esta rebelião trouxe um saldo de 16 detentos mortos, foi uma forma do PCC manifestar contra o Regime de Disciplina Diferenciado, buscando como alvo: isolar os líderes de facções criminosas, já para o PCC, promover esta rebelião para desmoralizar o governo e acabar com RDD. Em 2006 mais uma rebelião feita pelo PCC em 73 presídios e vários ataques fora dos presídios. Ver www.rosivanamaral.com.br/pag/176. Consultado em 25/07/2013). A justiça de Alagoas apreendeu 1286 celulares nos presídios no ano de 2013.

¹³⁷ HUNGRIA, Nelson, “Comentário ao Código Penal”, ed. Forense, vol. I, tomo I, p.48. O autor, complementado o supra exposto, acrescenta, quase toda a legislação penal latino-americana, através dos Códigos Espanhóis de 1848, 1850 e 1870, que, em muitos pontos, se inspiraram no padrão brasileiro.

regime terão um maior grau de isolamento e estarão sob regras mais rígidas de contato com o mundo exterior.

A estrutura do isolamento do recluso foi edificada pela Lei Federal n. 10.795, de 1º de dezembro de 2003, até então não existia lei que resguardava esta regra. Este instituto é dominado pelo interesse do Estado na vanguarda do bem maior, qualseja prevenir a continuidade delitiva dos apenados que se encontrem dentro do sistema carcerário. ORDD foi criado com este intuito, ganhando legitimidade nacional em razão de ter como alvo coibir o crime organizado.

O RDD, apesar de divergir no aspecto de preservação do isolamento por extenso período, fere a Constituição Federal e a LEP, que proíbem a pena de natureza cruel. Contudo, independentemente deste regime, o tratamento ao preso apresenta-se desumano e degradante durante o cumprimento da pena e coloca em risco a integridade física e moral. Entrando em causa a “*dignidade da pessoa humana*” não é possível fazer-se qualquer concordância prática, pois é um valor maior e por isso não cede perante qualquer outro interesse.

O recluso é titular de um conjunto de direitos e deveres, que lhe permitem ter um comportamento constitutivo, visando à recuperação e ressocialização. Impor um regime cruel só contribui para a “*dessocialização*”.

Na visão de muitos doutrinadores, ao aplicar o RDD, há a violação dos direitos fundamentais garantidos na CF de 1988, e PIDCP ratificados pelo Brasil e concretizados nos dispositivos da LEP.

A CF de 1988 trouxe em seu artigo 5º, inciso III, que “*ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”. Mostra, claramente, a proteção da quanto aos direitos humanos, afirmando que ninguém será submetido a este tipo de tratamento, estando o indivíduo preso ou não.

É possível extrair do ordenamento jurídico internacional, já reconhecido pela doutrina e previsto expressamente pela ONU, regras mínimas para o Tratamento dos Reclusos, dispõe o item 31: *As penas corporais, a colocação em segredo escuro bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares.*

O direito fundamental é tratado no ordenamento jurídico internacional, efetivando-se no âmbito da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³⁸, no artigo 5º, que “*Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante*”. Já a Convenção Europeia dos direitos do Homem, no artigo 3º, diz que “*Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*”. Pode-se extrair do Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 10, I, que “*o preso deve ser tratado humanamente, e com respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana*”.

Esta afirmação comprova que a CF de 1988 encontra-se em uniformidade com as diretrizes internacionais, estabelecendo o respeito à dignidade humana, impedindo assim, todo tipo de abuso de poder.

Desta feita, o isolamento do recluso é uma afronta aos princípios constitucionais, trazidos no art. 5º da CF em um rol de direitos fundamentais (art. 5º, III, CF), sujeição à pena cruel (art. 5, XLVII, CF), violação à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF), desacato ao princípio de legalidade e proporcionalidade (art. 5º, XXXIX, CF), princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, CF).

5.1 - A possibilidade de isolamento no âmbito do RDD e os direitos humanos

Hoje em dia, através da análise jurisprudencial do STJ e STF, é clara a possibilidade de violação ao princípio constitucional da “*presunção de inocência*” Porém, GUILHERME DE SOUSA NUCCI comenta: “*Nota-se bem: fato previsto como crime e não crime, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige*”¹³⁹.

Compreende-se que houve uma busca por meios que eliminassem o princípio da presunção da inocência, direito fundamental garantido constitucionalmente, sob o fundamento de que a demora processual pode comprometer a efetividade da tutela jurisdicional, pois enquanto aguarda o julgamento, a autoridade policial, o sistema

¹³⁸ Cfr. Proclamada pela Assembleia Geral da ONU, de 10 de Dezembro de 1948.

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte especial. 4ª Edição. Editora São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 392.

carcerário, administração e outros, não podem ficar solertes e considerar culpado aquele que ainda não foi subjugado aos ditames da justiça.

Se assim agissem, colocaria em causa inclusive o princípio da presunção de inocência, de valor essencial num Estado de direito democrático ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Considera-se, por isso, que o isolamento do recluso por parte do RDD, constitui uma dimensão e exigência do princípio da “*presunção de inocência*”¹⁴⁰ e até que haja o trânsito em julgado da condenação, o arguido tem que ser tratado como inocente. Deve-se ainda ter em mente que o isolamento prejudica a reparação dos direitos violados com a prática do crime, que tem por função proteger bens jurídicos com dignidade penal, resultando daí consequências nocivas para a consecução das finalidades político-criminais primárias (prevenção geral e especial) a que o sistema penal se propõe.

Assim, por se “*beliscarem*”¹⁴¹ tanto os direitos do detento como interesse de bem maior, é necessário olhar para o imediato, visto que o sistema penitenciário está virando uma escola para bandidos, ou seja, o condenado entra para cumprir uma pena e sai com intuito de cometer mais crimes.

Há desta forma uma necessidade de tratamento cujo objetivo principal seja a reabilitação moral dos reclusos, buscando o essencial, a reforma e a readaptação dos presos.

Em suma, a partir do exposto até agora, podemos afirmar que a questão dos direitos humanos está ligada a princípios superiores à ordem jurídica positiva, mesmo quando não estejam fundados em normas constitucionais expressas, criando o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional e que o RDD sujeita o recluso a condições desumanas ferindo o princípio da dignidade. Permite-se, assim, um

¹⁴⁰ Ver J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição Portuguesa Anotada, 4ª Edição revista, Coimbra editora, Coimbra, 2007, p. 519. Os autores defendem que a obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. “a demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coação sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva), acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência.” Concluindo, portanto aqueles que o regime disciplinar diferenciado para reeducando que se encontra no cumprimento de pena por condenação ou estiver temporariamente em reclusão. Cremos juntamente com JORGE DE FEGUEREDO DIAS, Para uma Reforma Global..., p. 42. Traduzindo as suas palavras: “o próprio princípio da presunção de inocência do arguido se torna em pesada ironia quando a paz jurídica daquele, quebrado pela promoção do processo, só possa ser restaurada anos após!”. Lembramos, por exemplo, das circunstâncias de isolamento do recluso pode trazer danos irreversíveis, prejudicando a sua vida privada.

¹⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A Celeridade no Processo Penal. Uma visão de Direito Comparado”, in RPCC, n. 8, p. 175.

combate mais eficaz à justiça retardativa que, de um ponto de vista sociológico, equivale à sua denegação.

5.2 - Do direito a celas individuais

O Sistema Penitenciário Brasileiro, com a proclamação da LEP, positivou os direitos e deveres dos reclusos no âmbito nacional, rezando no título IV – dos estabelecimentos penais, capítulo II – da penitenciária, artigo 88: “*O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.*” O ordenamento jurídico brasileiro preceitua que cada apenado tem direito a um espaço de 6m². Apesar deste direito estar resguardado, uma triste realidade de desacato está refletida nas penitenciárias brasileiras.

O Sistema Penitenciário Brasileiro possui uma história de superlotação das celas¹⁴². O DEPEM registrou que no período de 10 anos, compreendidos entre 1995 e 2005, a população carcerária do Brasil era de 143,91% representando um salto de 148 mil reclusos para mais de 361 mil. No ano de 2009 esse número chegou a 473.626 reclusos conforme dados consolidados do SPB no ano de 2008/2009¹⁴³.

A estrutura física dos estabelecimentos penitenciários não contribui para o desenvolvimento de atividades que proporcione a recuperação do recluso, nem tão pouco para garantir sua integridade física e moral. As celas, que deveriam ser individuais, na realidade são coletivas e habitualmente superlotadas.

O acolhimento de vários reclusos em uma única cela oportuniza a troca de experiências, formação de motins, rebeliões e demais violências, além de transformar em

¹⁴² A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de sua Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, tem viajado por todo o país para vistoriar presídios, levantar dados sobre eles e propor soluções para a situação caótica do país nesse aspecto. Em Sergipe, foi a dois presídios, na capital e no interior, e encontrou o mesmo cenário desolador de diversas outras unidades no Brasil. Com orçamento de cerca de R\$ 121 milhões para este ano, as nove unidades prisionais de Sergipe tem 2.473 vagas, mas, como é padrão em todo o país, sofrem com problema de superlotação: são 4.400 pessoas presas no Estado. Outro dado grave, denunciado pela Coordenação, é o elevado número de presos provisórios, que respondem por 60% dos internos de Sergipe. Vide: http://www.oab.org.br/noticia/27063/presidios-oab-constata-superlotacao-em-presidios-de-sergipe?utm_source=2940&utm_medium=email&utm_campaign=OAB_Informa (consultado em 21/05/2014).

¹⁴³ Segundo o ouvidor da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) de São Paulo, Pedro Egídio de Carvalho, "a política predominante no Brasil é só prender". São Paulo tem 389 presos por 100 mil habitantes. De cada 100 presos, 78 cumprem pena em regime fechado, disse em entrevista à DW-WORLD.

um ambiente em que os mais fortes reinam sobre os mais fracos por estarem vários em um espaço destinado a uma só pessoa, um bom exemplo é a cobrança por parte dos veteranos para que os novatos possam ter cama, usar o sanitário, dentre outras coisas. O ambiente carcerário passa a ser comandado pelo próprio recluso que impõe suas próprias leis¹⁴⁴.

O fato é que os detentos cumprem pena em um ambiente hostil, com condições desumanas, fortificando um sentimento de revolta, exclusão social e sendo também estímulo à prática de novos crimes.

Impossível não aferir que esta forma de tratamento torna inviável o processo de ressocialização. Voltando à premissa utilizada para ater ao objetivo da pena privativa de liberdade, tem-se que o delinquente, disposto em cela individual, cumpriria melhor a função proposta pela lei que rege o sistema prisional, ou seja, “**evitar a dessocialização e de promover a não dessocialização**”¹⁴⁵.

6 - Do direito de estar só

A expressão “*estar só*” percorreu um longo e atribulado caminho até poder se apresentar entre nós como um direito à intimidade: “*a necessidade se encontra na solidão, aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna*”¹⁴⁶. Este direito é uma importante aquisição para o cumprimento da pena.

Contudo, há de se falar em “intimidade exterior e noutra interior”¹⁴⁷. A intimidade exterior é aquela de natureza psíquica, que o recluso haveria de desfrutar, abstraindo-se dos outros apenados. Quando colocado mais de um recluso em uma cela, estes só usufruirão da intimidade exterior¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Ver Instituto Penal de Novo Hamburgo, reclusos de alta periculosidade saem e entram quando bem entendem “Os presos tomaram conta. Conforme detentos que não integram facções, as duas principais organizações criminosas do sistema carcerário gaúcho “Os Manos” e “Os Bala na Cara” vêm aproveitando a fragilidade da segurança interna para forçar regalias e até determinar a distribuição dos apenados nas galerias”, ficam a mercê dos detentos “tá tudo dominado” neste caso os reclusos tem total domínio sob o sistema prisional in <http://www.jornalnh.com.br/policia/459642/detentos-estao-no-comando-do-presidio-em-novo-hamburgo.html> (consultado em 11/03/2013).

¹⁴⁵ Como nota 81.

¹⁴⁶ A respeito, “O juiz e o respeito do direito à vida privada”, Ver. Da OAB, Secção do Rio de Janeiro. Apud COSTA PAULO, O Direito de estar..., p.10.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Assim, FERREIRA, Ivete Senise, A intimidade e o direito penal. RBCCrim, v. 5, São Paulo. 1994. p. *ob. cit.*, p. 96-106.

Já a intimidade interior se baseia no fato de o recluso estar só, em uma cela individual, afastado de outros detentos. Para o Sistema Prisional Brasileiro esta intimidade só ocorre no sistema RDD quando se trata de preso de alta periculosidade para a sociedade¹⁴⁹.

Segundo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “a privacidade corresponde à necessidade de entrincheiramento do homem contemporâneo nos espaços de ação e interação de pessoas”¹⁵⁰. Para os apenados que tem sua liberdade restringida por parte do Estado, a privacidade e a intimidade serão primordiais para sua ressocialização. O autor explica, com base na doutrina alemã, que a personalidade humana se projeta na teoria dos três graus (*Dreistufentheorie*), que se divide de acordo com a projeção da personalidade do indivíduo nas esferas da intimidade, da privacidade e do público, como forma de reconhecimento de toda pessoa¹⁵¹.

A intimidade se estabelece em área essencial inviolável, propiciando o livre progresso da personalidade. Relaciona-se a aspectos da vida do indivíduo que estão ligadas a si mesmo, vindo a tona com o modo de ser do sujeito e com o direito de estar só, de modo que não admite restrições realizadas por meio do postulado da proporcionalidade¹⁵².

Quanto à privacidade (*stricto sensu*), atinge os atos da vida do indivíduo nas relações com o seu círculo mais restrito de relacionamento, no espaço particular e profissional. Possui também interesse no segredo, mas a proteção deste depende da “maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade”¹⁵³, bem como da ausência de outro interesse com maior dimensão.

Assim, a privacidade dos reclusos comporta restrições em prol da promoção de outros fundamentos mais relevantes. Determinados atos da pena privativa de liberdade, por exemplo, poderiam ser mostrados, até pela autoridade, em virtude da necessidade de busca de ordem nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A tutela jurídica do público, por sua ordem, é relativa aos atos do indivíduo na esfera da coletividade, dos quais o sujeito não pretende segredo, razão pela qual não é visto, portanto, no campo de proteção que a intimidade e privacidade demandam.

¹⁴⁹ Cfr. COSTA, Paulo José JR, O Direito de Estar Só...*ob. cit.* p. 11.

¹⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídica – criminal, Coimbra Editora. 1996. p. 88.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Assim, ANDRADE, Manuel da Costa, Manuel da...*ob. cit.*, p. 95-96.

¹⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa, Manuel da...*ob. cit.*, p. 98.

Como escreveu na síntese de MAX SCHELER, “*toda pessoa tem direito a um espaço íntimo e irredutível em que tem a certeza de poder estar só*”¹⁵⁴.

Observa-se que a possibilidade de aplicação da proteção à intimidade e à privacidade nos limites da vida privada, esta garantida pela Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, tratados internacionais (CEDH, DADH, DUDH e PIDCP), esteja o indivíduo preso ou na sociedade.

Embora o legislador brasileiro traga essa hipótese de intimidade e vida privada do recluso rol de direitos em conformidade com a LEP, na prática, o sistema prisional brasileiro age com verdadeira afronta a todas as prerrogativas acima citadas. Este direito de estar só, esta longe da concretude, pois os presídios brasileiros sofrem atualmente problemas de lotação em sua maioria¹⁵⁵.

6.1 - A responsabilidade do estado para com o recluso

De tudo o que foi exposto *supra*, só podemos retirar uma conclusão: a garantia da intimidade e da vida privada ao recluso propicia a ressocialização. Não uma expectativa¹⁵⁶, ou um interesse com relevante proteção jurídica, é certamente muito mais do que uma mera tocha iluminante do trilho a percorrer pelo sistema penal e penitenciário no decurso da determinação da medida da pena e na sua subsequente execução. Um direito que como qualquer outro, é “obrigatório” pela garantia constitucional de acesso à Justiça, só ela é apta a retirá-lo do puro plano do ideal regulador onde vive o abstrato legal e a colocá-lo no plano concreto da efetividade.

Parte da Doutrina portuguesa, mormente JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ANABELA MIRANDA RODRIGUES e MANUEL DA COSTA ANDRADE, tende a

¹⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, com fundamento em doutrina Alemã, na síntese de MAX SCHELER, ...*ob. cit.*, p. 97

¹⁵⁵ Cfr. STJ recebeu uma proposta de reforma da Lei de Execução Penal, que teve o anteprojeto entregue ao Senado no mês de dezembro de 2013. Espera-se que as medidas adotadas possam ajudar a combater a superlotação carcerária do país.

¹⁵⁶ Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional faz decorrer do direito fundamental “da dignidade humana um direito penal de ressocialização” como no caso BVerfGE 35, 235 e admite que os reclusos, em especial os jovens, tenham uma expectativa de ressocialização (caso BVerfGE 45, 239). Assim, OSTENDOEF, Heribert, *in* Contra a Abolição do Direito Penal Juvenil ou das suas Características Essenciais, Revista Infância e Juventude, nº4 (Outubro-Dezembro), 2006, p. 76. O autor entende que essa expectativa pode decorrer também do princípio do Estado Social que, como veremos, sendo indissociável da posição do tribunal se aproxima de forma mais imediata da posição por nós sufragada.

admitir a existência de um “imperativo constitucional de ressocialização”¹⁵⁷, o qual decorre, necessariamente, da dimensão social de qualquer Estado de Direito. Este, subordinado no desenvolvimento das suas funções aos princípios fundantes da igualdade material e no respeito pelo direito ao desenvolvimento da personalidade de cada cidadão, se vê obrigado a realizar uma série de prestações garantísticas¹⁵⁸ tendentes a assegurar a realização desses dogmas basilares.

No essencial, a ressocialização é um direito que se funda na dignidade humana e cuja realização depende das medidas a que o Estado está obrigado a adotar para permitir sua efetivação para todos os cidadãos, em condições de igualdade¹⁵⁹.

Sendo descontextualizada a discussão acerca da natureza dos “direitos sociais”, subscrevemos a posição preconizada pelo professor doutor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹⁶⁰ de que as “*normas sociais*” consagram verdadeiros direitos públicos subjetivos. Estes, não imediatamente sindicáveis e exequíveis, incorrem na obrigação do Estado de, por um lado fornecer prestações aos cidadãos que compõem a dimensão subjetiva essencial destes direitos e, no que diz respeito à ressocialização, fazer recair sobre ele “imposições legiferantes em sentido estrito”, obrigando o legislador a “actuar positivamente, criando condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos”¹⁶¹. O não cumprimento deste dever gera o vício de inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º C.R.P.).

Em geral, a fundamentação parece residir naquilo que *ab initio* justificou o surgimento do Estado social contra o individualismo liberal: a necessidade de defesa e justiça social, em especial para com os grupos que se vêm “*diminuídos no seu desenvolvimento pessoal ou social, independentemente da causa que origine a situação de especial estado de necessidade em que se encontram.*”¹⁶². Para o condenado isso se traduz na existência de um princípio da socialidade que faz incorrer o Estado num “*dever de ajuda e de solidariedade*”, como compensação do uso que faz do seu direito punitivo, “*proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes*”¹⁶³.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico Criminal*, Coimbra Editora, 1996, p. 257.

¹⁵⁸ Neste sentido, no flanco Constitucional, por exemplo, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital *in* Constituição da República Anotada, 3ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 199.

¹⁵⁹ Fundando o “princípio da ressocialização” no axioma da dignidade humana, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição Anotada...*, *ob. cit.*, p. 199.

¹⁶⁰ In, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003.

¹⁶¹ *Ob. cit.* p.473-476 e 1033-1036.

¹⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Posição...*, *ob. cit.*, p. 57.

¹⁶³ “Só nisto se traduz concretamente a exigência de socialização do delinquente”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas...*, *ob. cit.*, p. 74.

Uma questão urge neste ponto: fundando-se o dever de solidariedade do Estado para com o recluso na especial situação de necessidade em que este se encontra, estará essa responsabilidade material e temporalmente limitada pelo período de cumprimento da pena? Isto é, o direito à ressocialização é um direito meramente prisional, ou também um direito pós-prisional, abrangendo recluso e ex-recluso?

A ideia não é nova! Jurisprudencialmente, podemos reportar-nos ao Acórdão *Lebach-Urteil* (5-6-1973), do Tribunal Constitucional Federal Alemão, relativo ao famosíssimo caso do “Assassino dos militares de *Lebach*” (*Soldatenmord von Lebach*). De forma muito superficial, estava em causa a violação do direito à imagem por parte de uma cadeia televisiva que se preparava para transmitir uma peça que, para além do relato da conduta, era reproduzida a imagem de um dos indivíduos que em 1969 atacara, juntamente com um grupo, uma base de paraquedistas sediada em *Lebach* com o propósito de obterem armas e munições, resultando na morte de quatro soldados e outros tantos feridos.

A questão do *Recht auf Resozialisierung* surgia a título meramente latente, mas nem por isso menos relevante, como um novo limite à liberdade de imprensa ¹⁶⁴, porquanto constituía uma barreira para além daquela que o direito fundamental à intimidade já erguia. O perigo, tanto mais presente quanto maior for o interesse da opinião pública em conhecer o que está para além dos fatos, normalmente associado a casos de criminalidade violenta, organizada, de desvios de fundos públicos e a *white-collar crimes*, está em sujeitar o delinquente a um “pelourinho” que permita um constante “avivar das imagens e experiências do passado [...] capaz de comprometer qualquer programa de ressocialização” cujas exigências tem *per se* “evidente dignidade constitucional” ¹⁶⁵.

Entre nós, o mérito pelo avanço do direito à recuperação social do delinquente (não apenas do recluso) que se estende além-muros coube a EDUARDO CORREIA, no seu escrito “*Assistência Prisional e Post-prisional*”, quando fundava a necessidade de assistência social ao ex-recluso no interesse público de prevenção da criminalidade, porquanto o estado de debilidade econômica, familiar e até de saúde em que o recluso

¹⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *A Liberdade de Imprensa...*, *ob. cit.* p. 256.

¹⁶⁵ Como nota anterior. Vide também o caso da Lei Penal Austríaca. O § 113 do ÖStGB atribui dignidade jurídico-penal ao valor ressocialização, protegendo-o autonomamente, fazendo incorrer em crime quem impute a outrem um crime que já tenha sido judicialmente decidido. *Apud* COSTA ANDRADE, *A Liberdade de Imprensa...*, p. 257.

poderia se encontrar quando da sua libertação, teria o condão de motivar fortemente uma queda à reincidência¹⁶⁶.

A solução, parecia já indicar o Professor, passaria necessariamente por um maior apoio ao recluso, dentro e fora da prisão, com especial atenção para o aspeto económico que não raras vezes, após o regresso de uma “estadia prisional” dita um, mais ou menos adiado, retorno ao crime¹⁶⁷.

Tendo isso em consideração, o maior apoio que se poderia facultar a quem “pagou a sua dívida ao estado cumprindo integralmente a pena a que foi condenado” e que já tenha saído da penitenciária em liberdade definitiva¹⁶⁸ só pode estar na busca de um emprego.

Assim sendo, porque não admitir legalmente a possibilidade de as empresas, públicas e privadas, que, por opção, venham a admitir ex-reclusos em seu núcleo de funcionários, tenham direito a alguns benefícios fiscais pelo período de um ou dois anos, mormente em sede de descontos para a Segurança Social em relação àquele trabalhador?

A óbvia objeção, claro está, seria a de que tal medida (ou outras de índole idêntica) traduziria um benefício injustificado para quem agiu em desacordo com a lei, lesionando bens jurídicos comunitariamente tidos como essenciais - e que, por isso mesmo, exigem uma tutela generalizada por parte de uma sociedade que se pretende de Direito - em prejuízo daqueles outros cidadãos que nunca cometeram um crime e que tantas vezes se vêm encaixados no impasse sufocante que é conseguir um emprego. No máximo, estaríamos a subverter a lógica que deve assistir a um Estado de Direito justo e a legitimar a máxima de que o crime, afinal, compensa.

Dois contra-argumentos podem opor-se a esta (legítima) perspectiva: (1) Por um lado, o fato de um sujeito cometer um crime não o torna criminoso *ad eternum*. A “justa paga” que se pode exigir de qualquer cidadão que venha a praticar um crime é, no máximo, a privação da sua liberdade física por tempo determinado; (2) Por outro lado, se a lógica que assiste ao poder punitivo público só pode ser a de prevenir a ocorrência de crimes, parece-nos mais eficaz e menos dispendioso para o Estado abrir esta brecha de socialização pós-prisional, que em todo o caso não seria uma imposição, antes,

¹⁶⁶ Cfr. A Liberdade de Imprensa, *ob. cit.*, p. 372.

¹⁶⁷ “os perigos ligados à particular situação dos ex-reclusos libertados definitivamente envolvem um momentoso problema de prevenção da reincidência e, portanto, da criminalidade, que cumpre ao estado resolver”, EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 371.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

estaria sempre na disponibilidade de vontade das entidades empregadoras, do que um eventual retorno desse sujeito à cela possa significar em termos de custos. Além do mais, é óbvio que o *modus operandi* de uma medida deste género teria que estar dependente da verificação de uma série de pressupostos. Nomeadamente, da elaboração, em seu favor, de uma carta de recomendação, efetuada pelos técnicos de reinserção social, dando conta da capacidade de adaptação social que o ex-recluso tivesse demonstrado durante o cumprimento da pena, tendo, as empresas interessadas acesso, se assim o pretendessem, aos relatórios de reabilitação social que houvessem sido realizados no decurso do cumprimento da pena, em prisão ou em liberdade¹⁶⁹.

Em sede de conclusão, a oportunidade de ressocialização do indivíduo não deve terminar com o fim da pena. A experiência dita que os problemas se acentuam quando do retorno à sociedade. Ainda assim, para precaver uma eventual repulsa societária a uma ressocialização pós-prisonal, há que ter em conta que qualquer medida que se adote não deve ser dada de forma gratuita a qualquer recluso, mas tão só àqueles que fundamentamente mereçam.

O direito à ressocialização é um direito prisional pós-prisonal. Neste sentido, não poderiam cair melhores as palavras de FREUDENTHAL quando afirmava que “*o Estado que não apoia os reclusos, quando postos em liberdade, assemelha-se ao cirurgião que deixa em aberto o ventre que operou em vez de lhe curar as feridas*”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Sendo certo que qualquer medida que se tome neste círculo está sempre na dependência dos pressupostos dos direitos fundamentais, isto é, dos “factores – capacidade económica do estado, [...] estilo de vida, distribuição de bens [...] – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais”.

Assim, CANOTILHO, J. J. Gomes, *ob. cit.* p. 473. Assumindo estes “pressupostos” de cunho económico especial relevância no que diz respeito aos direitos decorrentes da “Constituição Social”, acabarão sempre por estar vulneráveis a qualquer opção que se faça (ou se pretenda fazer) em sede de política legislativa.

¹⁷⁰ *Apud* CORREIA, Eduardo, *Assistência...ob. cit.*, p. 363.

CAPÍTULO IV O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DA VIDA DO RECLUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao tratar da origem da privacidade e intimidade do recluso no sistema penitenciário brasileiro, nota-se uma triste realidade de desacato aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, trazendo a falência do sistema prisional ao fugir da verdadeira função da pena, qual seja, restituir o recluso recuperado ao convívio social. Para chegar ao sistema atual, a sociedade brasileira conheceu vários ordenamentos ao longo da história, iniciando com a colonização portuguesa e tecendo o caminho até à contemporaneidade.

1 - Das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

A história jurídica no Brasil inicia-se com o domínio das leis e dos costumes trazidos à colônia por Portugal, juntamente com seus costumes doutrinários, culturais e todo o contexto de sociedade.

Em um primeiro momento, o sistema penal foi fundamentado nas Ordenações Afonsinas (1500-1514), abarrotada de crueldades. Aproveitando-se da prisão como prevenção, prendia o autor até a data de ser julgado.

Posteriormente foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas (1514- 1603), caracterizada pelo Direito Medieval, misturando religião, moral e direito, a prisão também era utilizada de maneira que o arguido ficasse recluso até ser julgado.

Já nas Ordenações Filipinas, compostas pela ordem do Rei D. João I, iniciada por JOÃO MENDES, as penas eram utilizadas e baseadas na crueldade e muito terror, sendo a pena de morte uma das punições constantemente aplicadas, também se utilizava de confiscos de bens e deserdação como meio de penalização¹⁷¹.

O período das ordenações terminou com a independência do Brasil em 1822, iniciando o período imperial. Neste período as prisões eram reconhecidas como uma forma de punir o criminoso e ao mesmo tempo proteger a sociedade, no entanto, trouxe o desígnio de ressocialização do recluso.

¹⁷¹ Assim, CANTO, Dilton Ávila. Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro. História das Prisões. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2). Acesso em: 25/07/2013.

No ano de 1823 foram apresentados dois projetos de Código Penal, um por JOSÉ CLEMENTE PEREIRA e outro por BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, sendo que só em 1830 o projeto apresentado por BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS sofreu determinadas modificações e agregou-se ao Código de 1830, que até então admitia a pena de morte.

O cenário da pena de morte sofreu significativa mudança depois da execução de “MANUEL DA MOTTA COQUEIRA”¹⁷², considerado culpado e sentenciado à pena de morte. Após o cumprimento da sentença sua inocência foi revelada, o que fez com que D. Pedro II, abolisse a pena de morte¹⁷³. Nasceu, assim, a Constituição do império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, a primeira Constituição do Brasil, que trazia em seu bojo o título VIII, sob as “garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”¹⁷⁴.

Com a República, muitas normas foram divulgadas, houve a publicação de um novo Código Penal pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890, que adotava como trilha o fato da marginalidade não poder ser atenuada por meio de medidas penais de extrema dureza. Trouxe em seu rol de modalidades de pena a “prisão celular, reclusão, trabalho obrigatório, prisão disciplinar e a provação pecuniária; excluindo as penas infamantes e fixou que o tempo de reclusão do preso não poderia ultrapassar 30 anos, mantendo a abolição da pena de morte”¹⁷⁵.

Contudo, devido ao enorme número de normas extravagantes, além das profundas alterações ocorridas na sociedade e no direito da época, tornou-se de convicção geral a necessidade de sua substituição¹⁷⁶.

Já o texto da Constituição de 24 de fevereiro de 1891¹⁷⁷ constava, a seção II do título IV, que amparava a “*declarações de direitos*” (art. 72 ao art. 78, da CF).

¹⁷² ARAUJO, Rodrigo da Costa, Macaé, A Lenda de Motta Coqueiro e a Maldição, foi condenado a pena de morte “por ter supostamente mandado matar toda sua família”, no entanto este era um cidadão de classe média alta, de cor branca, sendo incomum no Brasil. Este tipo de cidadão sofre tal condenação, *ob. cit.*, acesso em: 29/08/2013.

¹⁷³ Como nota 146.

¹⁷⁴ Crf. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 do título 8^a, art. 173-179.

¹⁷⁵ Como nota 146.

¹⁷⁶ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Propedêutica penal e norma penal. São Paulo: Saraiva, 1954., v. I. p. 90.

¹⁷⁷ Assim, Marechal Deodoro da Fonseca, líder da proclamação da República do Brasil, com o apoio dos líderes republicanos Rui Barbosa, Benjamim Constante e Quintino Bocaiúva, formando o Governo Provisório da República que passou a demitir os ministros do império e a determinar a saída de D. Pedro II juntamente com sua família do país, dando à sociedade brasileira os princípios de liberdade e igualdade (NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência), República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 13.

Posteriormente veio a Constituição de 16 de julho de 1934 para organizar um regime tracejado na democracia, trouxe no capítulo II do título III, a proclamação dos direitos e garantias individuais (art. 113 e art. 114 da CF de 1934), repetindo a necessidade de haver garantia aos princípios fundamentais de segurança individual e coletiva, proibindo a pena de morte, com exceção da contidana legislação militar em tempos de guerra contra países estrangeiros¹⁷⁸, apreensão de bens em caráter eterno.

Ao explodir a revolução de 1937, o então presidente Getúlio Vargas viu o momento de fazer reformas legislativas, resultando no decreto n. 2.848/40, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 como o novo Código Penal. Esta legislação dava maior importância à pessoa humana, no sentido de que as penas seriam de reclusão, com tempo máximo de 30 anos, detenção, multa, medida de segurança e individualização da pena¹⁷⁹.

Porém, a pena privativa de liberdade, em compensação aos grandes progressos da legislação em matéria de proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, manteve-se como a mais importante do regime jurídico, não havendo normas alternativas mais eficazes¹⁸⁰.

Mesmo diante de tanta turbulência, o sistema judiciário próprio foi formado no decorrer dos tempos. O reconhecimento do direito à intimidade e privacidade no Brasil só foi trazido a lume no ano de 1824 com a Constituição do Império, abrangendo apenas a inviolabilidade do domicílio. Com a chegada da contemporânea Constituição Federal de 1988, este quadro se modificou guardando a inviolabilidade do domicílio para o próprio indivíduo, garantindo aos reclusos respeito à integridade física e moral, propiciando também o surgimento da LEP em 1984, que veio com “*objetivo de efetivar (...) a harmônica integração social do condenado e do internado*”¹⁸¹.

Assim, tratando-se de pena privativa de liberdade, caberá ao Estado assegurar aos reclusos meios para a garantiado direito à privacidade na vida do recluso.

Notamos aqui, uma sobreposição de direitos, pois o recluso tem direito a privacidade, o que não lhe é oferecido, e só terá resguardado através do cumprimento de outros direitos, ou seja, “*do direito do contato com o advogado*”¹⁸², do “*direito de*

¹⁷⁸ DOTTI, Rene Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. Curitiba: Létero – Técnico, 1980. p. 60.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ DOTTI, Rene Ariel, Bases e Alternativas..., *ob. cit.*, p. 63-66.

¹⁸¹ Crf. Lei de Execução Penal, n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

¹⁸² Como nota 73.

visitas”, do “*direito de correspondência*”, do direito de “*conversas telefônicas*” e “*isolamento do recluso*”, este último tem por finalidade a punição e não a garantia de privacidade do recluso.

Cabe, assim, ao *ad vocatus* agir perante o interesse do recluso, ou, na falta deste, aos parentes, a uma correta perequação dos direitos supracitados, em busca da tão desejada justiça¹⁸³.

2 - Da pena privativa de liberdade

Apesar das doutrinas falarem constantemente a respeito da falência da pena privativa de liberdade, o que notamos é que houve época em que se lutou para que ela fosse implantada a fim de esfrançar as penas existentes que eram, sem dúvidas, desumanas.

A pena privativa de liberdade veio para restringir com maior ou menor intensidade a liberdade do delinquente, mantendo-o em algum estabelecimento prisional, até o total cumprimento da pena.

No Brasil as penas privativas de liberdade dividem-se em reclusão e detenção. O código penal apresenta na seção I, art. 33, que: “*A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado*”.

Desde já o código penal estabelece como deverá ocorrer o cumprimento da pena privativa de liberdade, com caráter progressivo, traz também a diferenciação dos regimes prisionais e uma imposição de ordem constitucional, contida no artigo 5º, inciso XLVIII, definindo que, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Traça um plano gradativo da

¹⁸³O STJ ressalta que o regime definitivo na sentença deve ser “rigorosamente observado pelo juiz das execuções penais e pela administração penitenciária, sob pena de incorrer em constrangimento ilegal, passível de reparação por via de habeas corpus”. Vide, STJ – 6º T. – RHC 7871 – J. 13/10/1998 – Rel. Vicente Leal – DJU. 16/11/1998. *ob. cit.*, p.122.

execução, por fase ou etapas, ficando sob controle do Estado de acordo com o regime a que foi submetido.

Rogério Lauria Tucci explana, neste sentido, que “*no desenvolvimento da execução da pena, o condenado incorpora-se a uma corrente que o vai conduzindo de melhoria em melhoria a uma gradual readaptação, até que, comprovado o seu ajustamento, recupera a liberdade*”¹⁸⁴.

2.1 - Regime fechado

Em síntese, o regime fechado é a pena mais severa do ordenamento jurídico brasileiro, no qual o delinquente tem sua liberdade restringida por parte do Estado, devendo ser cumprida em penitenciária com natureza de segurança máxima ou média¹⁸⁵.

A natureza jurídica conferida no regime fechado permite ao recluso trabalhar no período diurno, no próprio estabelecimento penitenciário ou fora dele desde que se trate de obras públicas, retornando ao estabelecimento penitenciário no período noturno¹⁸⁶.

2.2 - Regime semiaberto

Neste regime o delinquente encontra-se sujeito à fase intermediária da execução penal. O código penal traz no seu art. 35, que:[...], *ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.*

Os delinquentes que começam a cumprir pena no regime semiaberto não praticaram delito de extrema gravidade, mas de importância razoável para o regime

¹⁸⁴TUCCI, Rogério Lauria. Progressão na execução das penas privativas de liberdade: breve estudo sistemático Revista dos Tribunais, São Paulo, v.630, p.272. Abr. 1988.

¹⁸⁵ MIRABETE, Julio Frabrini, *ob. cit.*, p. 255.

¹⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio (coord). Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 862-865.

prisonal. Mas também partilham deste regime aqueles delinquentes que iniciaram no regime fechado e lhe foram concedidos à progressão da pena¹⁸⁷.

2.3 - Regime aberto

O regime aberto traz em seu próprio nome, de maneira emblemática, o contido no art. 36, CP, que: *O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.*

O regime semiaberto e o aberto conservam grandes semelhanças, dentro do regime jurídico em questão poderá o delinquente ter sua intimidade e privacidade em parte mantidas, pois deverão conviver mais com o mundo exterior, enquanto o que se encontra no regime fechado, esta a sob a vontade plena do Estado, ou seja, necessitará de uma gama de direitos para garantir sua intimidade e privacidade no sistema penitenciário¹⁸⁸.

3 - Os estabelecimentos penais e falência do sistema prisional

De acordo com a LEP, estabelecimentos penais são “*todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança*”. Sua finalidade aliada à complexidade do sistema prisional demonstra que os delinquentes são recolhidos em penitenciárias, cadeias públicas, casas de detenções e até mesmo em delegacias de polícia.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio, (coord). Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 865.

A LEP também trouxe em seu bojo informações sobre onde e como as penas deverão ser cumpridas. Primeiramente o delinquente será preso por ato ilícito, e caso não libertado pelo poder judiciário, será encaminhado para a “cadeia” ou “casa de detenção”, a posteriori, ocorrendo à condenação, o sentenciado será encaminhado para o estabelecimento penal mais adequado. Este rol é trazido pela LEP em seus artigos 87 a 104.

Nos artigos 87 a 90 da LEP estão descritos os casos em que o detento será levado à penitenciária, ou seja, “estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado”.

As colônias agrícolas, industriais ou similares (art. 91 a 92 da LEP), tratam-se de “estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semiaberto”.

A casa de albergado (art.93 a 95 da LEP) também é utilizada como “estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins-de-semana”.

Já os Centros de Observação Criminológica (art.96 a 98 da LEP) constituem “estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológico, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa”.

Há ainda os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 99 a 101 da LEP), “estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas à medida de segurança”.

E, finalmente, as cadeias públicas (art.102 a 104 da LEP), que consistem em “estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima”.

Embora a LEP faça distinções entre a medida de cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, questionamo – se acerca da real aplicação destas regras nos estabelecimentos prisionais, pois todos que acabamos de citar tratam-se de depósitos de pessoas, ocasionando superlotação, falta de higiene, assistência médica e até mesmo de alimentação. As penitenciárias em que menos se ouve falar deste tipo de desrespeito são as de segurança máxima especial, mantidas pelo poder federal, onde

todos os passos dos delinquentes são vigiados por agentes e até mesmo pela delegacia de Polícia Federal¹⁸⁹, tendo, neste caso, sua intimidade e privacidade restringida.

Apesar de o nosso Estado democrático de direito fazer menção ao direito a intimidade e privacidade na vida do recluso não propiciam seu real cumprimento. No decorrer das etapas processuais até à pena privativa de liberdade este direito acaba sendo prejudicado por coação do próprio Estado, deixando de resultar na ressocialização como é desejado pela medida da pena. Este sistema apenas afasta o delinquente da sociedade e traz a falência do sistema prisional.

¹⁸⁹ Assim, os estabelecimentos prisionais Federais contarão com sofisticado sistema de inteligência, todas as imagens capturadas pelas 200 câmaras serão vistas simultaneamente numa sala de controle da penitenciária, na delegacia de Polícia Federal de Cascavel e numa central em Brasília.

CONCLUSÃO

Muito embora a pena evoluiu de uma reação irracional, constituindo para o recluso a ressocialização sendo percorrido um longo e atribulado caminho até se apresentar perante nós como um direito, a verdade é que parece não ter ainda ultrapassado aquela que porventura se tem afigurado como a maior de todas as barreiras levantadas à sua plena afirmação: a “*hostilidade social face aos ex-condenados*” como afirma ROTMAN¹⁹⁰.

Hostilidade que quando acompanhada da “*falta de ajuda pós-penitenciária [...] estimula a continuação de carreiras criminais e neutraliza qualquer efeito positivo que*” os delinquentes “*houvessem podido experimentar como consequência das sanções penais*”¹⁹¹.

Mais do que um dever do Estado de Direito Social, o cumprimento da socialização dos delinquentes é um dever da sociedade propriamente dita.

Não há como não mencionar que para os delinquentes terem verdadeira ressocialização é preciso que a intimidade e privacidade sejam resguardadas no cumprimento da pena, embora este direito não seja absoluto. Por não ser um direito absoluto, deve ser conjugado com outros direitos. Como é o caso do direito de contato com advogado, direito a visita e visita íntima, direito a correspondência e comunicação e o direito/punição de isolamento.

Esses direitos, por vezes, possuem valores conflitantes, que podem acarretar responsabilidade do Estado, que invocou a si a administração exclusiva da pena dos delinquentes, possuindo o dever de agir de maneira imparcial e objetiva dentro dos limites que ele mesmo impôs, de forma a conter os direitos fundamentais dos reclusos, dado que o comportamento dos agentes é decisivo para o cumprimento da norma.

Por consequência, tal conjugação dará origem à imposição de limitações ao direito à intimidade e privacidade do detento, dentre as quais, cita-se a mais comum delas, que é aquela em que o delincente não tem recursos para custear seu próprio advogado, ficando a cargo do “*defensor público*”, que também é o “*Estado*”. Está, assim, a admitir-se, conseqüentemente, a possibilidade de executor da pena e defensor serem a mesma “*pessoa*” e não buscar uma pena que garanta os direitos do preso, como

¹⁹⁰ EDGARDO ROTMAN, O Conceito de Prevenção de Crime, *in*, Revista portuguesa de Ciência Criminal, ano 8º, fasc. 3 (Julho-Setembro, 1998) p. 319-371.

¹⁹¹ *Ibidem*.

fica claro através da análise jurisprudencial ao longo deste trabalho, que muitas vezes já ocorreu a totalização da pena e ainda não foi exercido o direito de ser posto em liberdade.

Todavia, a CF assegura a assistência aos delinquentes que salvguarde os direitos e garantia de defesa, nomeadamente; I) o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); II) o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV); III) nenhuma pena passará do condenado (art. 5º, XLV); o direito de assistência jurídica veio ser reforçada pela LEP.

Pelo que, qualquer regime jurídico que respeite aqueles moldes estará em perfeita conformidade com o preceituado pela CF. Na prática, o que se nota é que a assistência é resguardada, mas desrespeitada por parte dos próprios defensores públicos que, muitas vezes, estão presentes apenas na primeira fase processual, deixando de realizaro acompanhamento do cumprimento da pena, contribuindo com a falência do sistema penitenciário brasileiro. O que ainda avoca um pouco de esperança é o fato de não ser unanime a inadimplência da defensoria pública, há casos em que estão presentes na execução da pena, no cumprimento do regime de privativa de liberdade, para garantir os direitos dos apenados.

Na ausência deste operador de direito cabe aos familiares e amigos manter o convívio com o recluso, levando-o ao contato com o mundo exterior, de modo a facilitar a execução da pena restritiva de liberdade. Nestes casos, é fundamental manter uma verdadeira cooperação jurídica, a fim de manter a intimidade e privacidade, bem como o convívio com o mundo fora da carcerária, por serem fatores primordiais para garantir ao recluso uma tentativa de ressocialização.

Porém, tememos que a pena restritiva de liberdade tenha um papel alterado, ou seja, e o fato de que o recluso, após o contato com outros recluso por falta de alternativa para a presevação dos direitos dos reclusos venha ser uma escolha para nova prática de atos ilícitos, destruindo a verdadeira função da pena, a de ressocialização.

Concluimos, portanto, que, apesar de ainda estarem presentes neste espaço, irregularidades no trato do sistema prisional, como constatamos, é evidente, o seu declínio enquanto motivo de recusa de atuação por parte dos operadores do direito. Tendo em conta sua evolução, esperamos, mais do que nunca, que este sistema cumpra

sua função de ressocialização dos delinquentes, resguardando os direitos a eles inerentes como pessoa humana.

Referências Bibliográficas

ALBINO, Maria Clara. Reinserção Social. Perspectivas Para o Século XXI. Direito e Justiça. Volume especial, 2004.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Civil Teoria Geral. Volume I, Introdução as Pessoas os Bens, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Direito Prisional Português e Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ANDRADE, Paulo Bonavides Pais de. Historia Constitucional do Brasil. 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. Das Escutas telefónicas. I Congresso de Direito Penal, Memórias de Manuel Monteiro Guedes Valente. Editora Almedina, 2005.

— . Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

— . Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra editora, reimpressão, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal. 3ª Edição actualizada, 2003.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou Controle Social. Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf. s.d. (acedido em Março de 2013).

BARRETO, Ireneu Cabral, Convenção Europeia do Homem amotada, 4ªEd., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª Edição. Malheiros Editora, 2010.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2ª edição. Traduzido por José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

BELEZA, Teresa Pizarro. A Reinserção Social dos Delinquentes: Recuperação da Utopia ou Utopia da Recuperação. In *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, p. 159-170. Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas. 4ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007-2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARDOSO, Augusto Lopes. O segredo profissional na advocacia. Viseu: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 1998.

CANTO, Dilton Ávila. Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro. História das prisões. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1099&p=2). Acesso em Julho de 2013.

COSTA, José de Faria, Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime. Coimbra Editora, 2001.

— . As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

— . Noções Fundamentais de Direito Penal: Introdução – A Doutrina Geral da Infracção (facto) Punível; A Conduta Típica (o tipo); A Conduta Ilícita (o ilícito)], 3ª Edição. Coimbra Editora, 2012.

CORREIA, Eduardo. Ainda Sobre o Problema da "Ideologia de Tratamento": Algumas Palavras sobre o "Serviço Nacional de Justiça". In *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, p. 7 e seguintes. Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983.

— . A Influência de V. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. 46, 1970: p. 1-34.

—. Assistência Prisional e Post-Prisional. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ano 2, 1956.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. El Derecho Fundamental a La Intimidade. Dyknsn, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal - Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

—. Direito Penal Português. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

—. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

—. Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in AA. VV., para uma nova justiça penal (org.: Conselho Distrital do Porto da OA), Coimbra: Almedina, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE Manuel da Costa. Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena. 2.^a reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Camila Caldeira Numes, Sociedade, Natureza e cultura, Revista Percuso, 2009.

DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. Curitiba: Litero – Técnica, 1980.

—. Penas Restritivas de Direito. Críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

EDGARDO ROTMAN. O Conceito de Prevenção de Crime. In, Revista portuguesa de Ciência Criminal, ano 8º, fasc. 3. Julho-Setembro, 1998.

FERRAJOLE, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Ivette Senise, A intimidade e o direito penal. RBCCrim, v. 5, São Paulo. 1994.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código Penal Português, Anotado e Comentado e Legislação Complementar. 11ª edição. Coimbra: Almedina, 1997.

GÓMES, J. Miguel Lobato. O Código Bicentenário. Revista da Emerj. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol. 7, n. 26, 2004.

GREGO Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. Editora Saraiva, 2011.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARGUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Propedêutica penal e norma penal. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1954.

MIRABET, Julio Frabrini. Manual de Direito Penal. V. 2. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTEIRO, António Pinto. Direitos fundamentais e direito privado; uma perspectiva de direito comparado. Almedina, 2007.

NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, v. 01, n.54, 2010.

NUCCI, Guilhermede Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral – Parte Especial. 3. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: RT, 1983.

PEDRA, Adriana Santana. A constituição Viva: poder constituinte e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. 2ª Edição. Coimbra Editora, 2002.

_____. A Determinação da Pena Privativa de liberdade. Coimbra Editora, 1995.

_____. O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Alan. Sob o domínio do crime. Revista ISTO É, São Paulo, nº 1909 24 de junho de 2006. (facção criminosa)

GOMES, Luiz Flávio (coord). Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, António Aggio, segundo um artigo de jornal 12, de 19 de Março de 2003. São Paulo/Brasil. P.01. Disponível em: www.aggio.jor.br/jornal12/visitas_intimas - acesso em 01 de Janeiro de 2013.

JR COSTA, Paulo José da. O Direito de Esta Só: Tutela Penal da Intimidade. 4ª. Edição, revista atualizada: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

SANTOS, José Beleza dos. Ensaio Sobre a Introdução ao Direito Criminal. Coimbra: Atlântida, 1968.

SANTIAGO, Rodrigues. Do crime de violação de segredo profissional no código penal de 1982. Coimbra: livraria Almedina, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa, A Reinserção Social dos Reclusos. Observatório Permanete da Justiça Portuguesa: Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2003.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Susana Tavares da, Direitos Fundamentais na Arena Global, Coimbra, ?

SILVA, Eduardo Araújo. Crime Organizado. São Paulo: Atlas, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. Progressão na execução das penas privativas de liberdade: breve estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 630. abr. 1988.

TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandre Lebelson. Prerrogativas profissionais do advogado, OAB Editora, 2006.

VALDÉS, Alberto Garcia. Comentario a la problema sexual de las prisiones. CPC, n. 11, 1980.

VON LISZT. Tratado de Direito Penal Alemão. Traduzido por Hygino Duarte Pereira.
Vol. I. Rio de Janeiro: José F. Briguiet & C. Editores, 1899.