

DIREITOS, GARANTIAS E DEVERES DOS PRESOS

Licínio Barbosa

INTRODUÇÃO

Ao nos defrontarmos com o tema dos “direitos, garantias e deveres dos presos”, vem-nos à mente as palavras candentes do talentoso cientista penal Edmundo Oliveira no exórdio de seu trabalho, carregado de dramaticidade, sobre “a identidade humana do crime”, quando sentencia, enfático: “As grandes tragédias humanas não foram as escritas por Ésquilo ou Sófocles, nem imaginadas por Shakespeare ou Corneille; foram e são vividas por homens de carne e osso, sentidos por pessoas que se comovem e choram. Não são levadas ao palco, são vistas nas salas dos hospícios, nas enfermarias dos nosocômios, nas cortes de justiça”.

E nós acrescentamos: nas celas das penitenciárias, nos cubículos das cadeias, onde pessoas, temporariamente privadas da liberdade, aguardam a manifestação do órgão jurisdicional, ou cumprem, inexoravelmente, a pena privativa da liberdade que lhes foi soberanamente imposta.

Por sentir e viver, solidariamente, esse drama, a sociedade institucionalmente organizada, através de seus representantes, — no Legislativo, no Judiciário e no Executivo, — deve sopesar, responsabilmente, as providências normativas, judiciais e executório-penais a serem adotadas como prevenção ou repressão do agente de uma conduta penalmente censurável. Porquanto, mesmo diante do crime mais hediondo, não se pode esquecer que o criminoso é um ser humano, transitoriamente posto sob a tutela do estado, e que este, agindo racional e civilizadamente, não pode descer ao nível de selvageria do infrator, tendo, antes, a obrigação de proferir, com a sentença condenatória, o *sursum corda* dos que acreditam que o ser humano, por mais objeto, é suscetível de recuperação.

Todavia, se esta é a tônica de nosso tempo, o tempo do direito penal liberal, da ciência penal democrática, nem sempre assim se pensou. Bem ao contrário. Durante milênios do processo civilizatório, a humanidade se consumiu nos períodos da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública para chegar, em fins do século XVIII, sob o hálito renovador do período humanitário instaurado pelo iluminado Beccaria, à paradoxal conclusão de que o criminoso, — mesmo aquele imaginado por Lombroso, — o criminoso é, antes de tudo, um homem. Um homem decaído. Um

homem talvez degenerado. Um homem primitivo. Mas, mesmo assim, e ainda assim, — um homem. E como tal deve ser tratado.

I. MARCOS INDELÉVEIS

O Iluminismo dos Enciclopedistas gerou, dentre tantas centelhas espargidas, um documento que atravessou os séculos com fulgor imperecível. Trata-se da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” que, neste 02 de outubro de 1989, está completando 200 anos de sua proclamação. Documento tão vanguardeiro que, hoje, decorridos 2 séculos de sua assinatura, muitos de seus postulados continuam inatingidos, — tão visionários os seus preconícios, tão pouco tem evoluído a humanidade, nessa montanha russa que é a sua trajetória na senda das liberdades fundamentais da cidadania. Já àquela época, os signatários desse documento afirmavam que “a lei é a expressão da vontade geral”; que “nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso se não nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito”; que “todo homem sendo julgado inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor que não seria necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido pela lei” (itens VI, VII e IX).

Na mesma trilha iluminista, já ao término da primeira metade do século XX (1948), a Organização das Nações Unidas, ainda aturdida com o estrépito da II Grande Guerra Mundial, proclamava, sonoramente, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, dentre os quais poderíamos destacar: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. V); “todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (art. VI); “todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei” (art. VII); “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (art. VIII); “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (art. IX); “todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (art. X).

E foi pensando nos homens e mulheres sobre quem pese a suspeita da prática de um crime, ou que hajam sido condenados a pena privativa da liberdade, que a ONU adotou, sob forma de Resolução, a 30 de agosto de 1955, as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, editando normas humanitárias concernentes, dentre outras, à identidade do criminoso, sua classificação em categorias, celas ou quartos destinados

a isolamento noturno, higiene pessoal, roupas de cama, alimentação, exercícios físicos, assistência médica, disciplina, sanções, informação escrita sobre o regime da categoria, direito de reclamação, contato com o mundo exterior, biblioteca, assistência religiosa, regalias, trabalho compatível, instrução, recreação, e várias outras normas pertinentes.

II. FRANQUIAS CONSTITUCIONAIS

Contemporâneas desses avanços, e marcadamente liberais (salvo as Cartas de 1937 e 1967 tismadas de autoritarismo inequívoco), as Constituições brasileiras tradicionalmente registraram, no capítulo dos direitos e garantias individuais, os direitos fundamentais do indivíduo.

Assim é que a Constituição de 25 de março de 1824 dispunha, no título VIII, sobre as “garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” (arts. 173 *usque* 179); a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, na seção II do título IV, tutelava a “declaração de direitos” (arts. 72 *usque* 78); a Constituição de 16 de julho de 1934, no capítulo II do título III, proclamava os direitos e garantias individuais (arts. 113 *usque* 114); mesmo a Constituição de 10 de novembro de 1937, cristalizadora do Estado Novo nazi-fascista, abriu um tópico para os “direitos e garantias individuais” (arts. 122 *usque* 123); a Constituição de 18 de setembro de 1946, que restabeleceu o estado de direito democrático, após 8 anos de trevas ditatoriais, deu amplitude ao capítulo dos “direitos e garantias individuais” (arts. 141 *usque* 144). Mais tarde, com o advento da ditadura militar de 1964, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 (mesmo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que deu à primitiva Carta nova redação) disciplinou, no capítulo IV do título II (concernente à declaração de direitos), os “direitos e garantias individuais” (arts. 153 *usque* 154).

Mais recentemente, como fruto da Assembléia Nacional Constituinte, a Constituição de 5 de outubro de 1988 estabeleceu, no capítulo I (“dos direitos e deveres individuais e coletivos”) do título II (“dos direitos e garantias fundamentais”), os mesmos princípios que a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (da Revolução Francesa), a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (da Organização das Nações Unidas), e outros instrumentos normativos, nacionais e internacionais estratificados ao longo dos 2 últimos séculos.

Por isso é que esses direitos, minudentemente estabelecidos, dão mais força às franquias e mais tranqüilidade ao titular desses direitos, o cidadão comum, o homem do povo.

III. DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

Ao longo dos últimos 55 anos, a consciência jurídica, entre nós, não cessou de postular pela adoção de um Código Penitenciário ou de Execuções Penais, no qual estivessem nitidamente delineados deveres, garantias e direitos de presos e presidiários.

Com efeito, já no remoto ano de 1933, era elaborado Projeto de Lei da autoria de Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho, documento legislativo da maior importância. Dos seus 25 títulos, o Tít. XI é dedicado, todo ele, aos “deveres e prerrogativas dos sentenciados” (arts. 586 *usque* 633) compreendendo a individualização da pena, informações sobre a vida prisional, infrações regulamentares e sanções disciplinares, regalias, prêmios, preparação do sentenciado para a vida em liberdade, as visitas oficiais, e outras disposições semelhantes.

Um quarto de século após, seria elaborado, em 1957, o Ante-projeto Oscar Stevenson, trabalho primoroso da lavra do genial penalista. Após tratar, no tít. III (arts. 106 *usque* 144), da disciplina, das sanções e do comportamento, o Anteprojeto cuida, no tít. IV (arts. 145 *usque* 156), “dos direitos e recompensas”, abordando também a “constituição do pecúlio”. Vale ressaltar que o documento preconiza a recuperação social, disciplina o trabalho do presidiário, focaliza a assistência social, a instrução, a educação, a alimentação, a higiene como itens fundamentais para a reestruturação psíquica, intelectual e moral do sentenciado (arts. 47 *usque* 144).

Com o advento do Governo Jânio Quadros, o Ministro Nélson Hungria, de saudosa memória, seria convocado para escrever o Anteprojeto do futuro Código penal, trabalho concluído em 1963, já no Governo João Goulart que encomendou a seu Ministro da Educação, Roberto Lyra, o Anteprojeto de um Código de Execuções Penais, o qual também veio a lume no mesmo ano de 1963. Nesse precioso documento, em que o legendário Lyra pôs todo o fervor de sua crença na pessoa humana, o título VII por inteiro (“proteção aos direitos dos presos e internos”), compreendendo os arts. de 155 a 185, é dedicado à incolumidade física, moral, espiritual e intelectual da população prisional.

Promulgado em 1969, o novo Código Penal, havia necessidade de se dotar o País de um Código de Processo Penal (que até hoje, decorridos 20 anos daquele episódio, ainda não foi promulgado), e de um Código de Execuções Penais. Para suprir a lacuna, incumbiu, o Governo Federal, de prepará-lo um dos cientistas penais mais completos, o saudoso Prof. Benjamim Moraes Filho, revisor do Código Penal e do Código Penal Militar. E no tít. VII (“das prerrogativas, deveres, direitos e regalias do sentenciado”) o Anteprojeto, que veio a luma em 1970, trata das prerrogativas, dos deveres, dos direitos e das regalias do presidiário (arts. 124 *usque* 133).

Contudo, só na primeira metade dos anos 80 é que o País teria um instrumento normativo compatível com a nova realidade brasileira, — a Lei 7.210, de 11.07.84, que entraria em vigor em janeiro de 1985.

Mesmo assim, uma lei, não um Código de Execuções Penais, como era (e ainda o é) a aspiração da consciência jurídico-penal do País.

IV. DOS DEVERES

Ao longo de toda a história do Direito Penal e das ciência penais como um todo, o preso e o presidiário somente tem deveres, — e poucos, raros direitos.

Já demonstramos, embora rapidamente, como os precedentes documentos legislativos destacaram propostas de disposições legais no sentido de proteger a incolumidade dos presidiários.

Logo no tít. II (“do condenado e do internado”), o novo estatuto executório-penal cuida da *classificação* da população prisional (arts. 5º *usque* 9º), da *assistência* (arts. 10 *usque* 27), ali compreendidas medidas assistenciais concernentes à assistência material, à saúde, à assistência jurídica, educacional e social. Há, também, especial menção à assistência religiosa e assistência ao egresso. Especial atenção para o trabalho (arts. 28 *usque* 37), focalizando o trabalho interno e o externo.

Mas é no cap. IV (arts. 38 *usque* 60) que o Estatuto Executório-Penal cuida, especificamente, dos *deveres*, dos *direitos* e da *disciplina*.

Os *deveres* do presidiário estão minudentemente elencados (arts. 38 *usque* 39), tais como:

- a) comportamento disciplinado;
- b) fiel cumprimento da sentença;
- c) obediência ao servidor;
- d) respeito às pessoas com quem deva relacionar-se, no dia-a-dia da prisão;
- e) tratamento urbano e respeito no trato com outros condenados;

- f) não fugir nem tentar fuga, individual ou coletivamente;
- g) não subverter a ordem nem a disciplina vigentes na prisão;
- h) execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas de quem de direito;
- i) submissão à sanção disciplinar imposta;
- j) indenização à vítima, ou a seus sucessores;
- l) pagamento ao Estado das despesas decorrentes de sua manutenção;
- m) higiene pessoal;
- n) asseio da cela, quarto ou alojamento;
- o) preservação dos objetos de uso pessoal.

A enunciação desses deveres não é exaustiva, eis que outras “obrigações legais inerentes”, ao estado de presidiário podem ser exigidas pela autoridade penitenciária, ou pelo juiz das execuções penais.

V. DAS GARANTIAS

As garantias do preso e do presidiário residem no estado de direito democrático e, logicamente, em todo o aparelho normativo do estado. Todavia, é na Constituição Federal que as *garantias individuais* estão contempladas, enunciativamente, daí desdobrando-se para a legislação ordinária.

Na Constituição de 5 de outubro de 1988, essas garantias centram-se no art. 5º e vários de seus incisos:

- a) no inciso I, o princípio da *isonomia* entre homens e mulheres;
- b) no inciso II, o princípio de *legalidade*;
- c) no inciso III, a terminante proibição da *tortura* e dos *maus-tratos* (tratamento desumano ou degradante);
- d) no inciso VII, a garantia da *assistência religiosa*;

- e) no inciso X, a preservação da *intimidade*, da *vida privada*, da *honra* e da *imagem*, assegurada indenização, nos casos de violação;
- f) no inciso XLII, a garantia de que não será discriminado por preconceito racial;
- g) no inciso XLV, a garantia de que a pena não passará da pessoa do condenado;
- h) no inciso XLVI, a certeza de que a lei regulará a individualização da pena;
- i) no inciso XLVIII, a garantia de que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito a idade e o sexo do apenado”;
- j) no inciso XLIX, a garantia do “respeito à integridade física e moral”;
- l) no inciso L, a garantia de que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”;
- m) no inciso LXIII, a garantia de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados”;
- n) no inciso LXIV, a garantia de que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”;
- o) no inciso LXIV, a garantia de que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”;
- p) no inciso LXVI, a garantia de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”;
- q) no inciso LXXXV, a garantia de que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Estas são garantias sumariamente alinhadas, outras podendo ser pinçadas do contexto, na sistemática da Constituição Federal.

VI. DIREITOS

Os direitos do preso estão nitidamente elencados tanto no Código Penal como na Lei de Execução Penal, aliás ambos da mesma data, — 11 de julho de 1984.

No Código Penal (Lei 7.209/84), podemos rastrear esses direitos em várias passagens da Parte Geral desse estatuto, quais sejam:

- a) o direito à individualização da pena, através do exame de classificação para cumprimento da pena privativa da liberdade, no regime fechado (art. 33, c/c o art. 34);
- b) o direito ao regime semi-aberto, se a pena de prisão é superior a quatro anos e não excede a oito anos (art. 33, §2º, letra b);
- c) o direito ao regime aberto, se a pena de prisão for “igual ou inferior a quatro anos” (art. 33, §2º, letra c);
- d) no art. 37, a previsão de que “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio”;
- e) no art. 38, a previsão de que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”;
- f) no art. 39, a previsão de que “o trabalho do preso será sempre remunerado, com direito à Previdência Social”;
- g) no art. 41, a certeza de que o doente mental “deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico”;
- h) no art. 42, a previsão da detração penal;
- i) no art. 43, parágrafo único, a substitutibilidade da pena de prisão por penas restritivas de direitos;
- j) no art. 60, §2º, a substitutividade da pena de prisão por multa;
- m) no art. 83, o direito ao livramento condicional;

- n) no art. 98, a previsão de que o relativamente imputável pode ter a pena de prisão que lhe foi imposta pelo órgão da jurisdição substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial;
- o) e no art. 99, a previsão de que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”.

Já na Lei de Execução Penal, a matéria se acha disciplinada nos arts. 40 *usque* 43, com a seguinte enunciação:

- a) direito à integridade física e moral do preso provisório, ou presidiário;
- b) direito à alimentação;
- c) direito ao vestuário;
- d) direito à remuneração pelo trabalho;
- e) direito à previdência social;
- f) direito à instituição de um pecúlio;
- g) direito ao descanso e à recreação, equilibradamente ao trabalho;
- h) direito ao “exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores (a seu encarceramento), desde que compatíveis com a execução da pena;
- i) direito à assistência material, à saúde, à assistência jurídica, educacional, social e religiosa;
- j) direito à “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”;
- l) direito à “entrevista pessoal e reservada com o advogado”;
- m) direito à “vista do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”;
- n) direito ao “chamamento nominal”;

- o) direito a “igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências de individualização da pena”;
- p) direito a “audiência especial com o diretor do estabelecimento”;
- q) direito a “representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito”;
- r) direito a “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”;
- s) direito de “contratar médico de confiança pessoal”.

VII. CRÍTICA

Renovamos, aqui, as críticas que fizemos, há sete anos, quando a atual Lei das Execuções Penais ainda era Anteprojeto e se encontravam em fase de estudos, para receber sugestões. À época, nestas mesmas Alterosas, a par de outras manifestações, inclusive de natureza sistêmica, propúnhamos a elaboração de um Código de Execuções Penais, em vez de mera lei, e sua distribuição da seguinte forma:

PARTE GERAL

- Tít. I — Da Aplicação da Lei Executório-penal
- Tít. II — Do Objeto e Finalidade
- Tít. III — Dos Órgãos da Execução Penal
- Tít. IV — Dos Regimes
- Tít. V — Da Classificação dos Estabelecimentos
- Tít. VI — Da Disciplina
- Tít. VII — Da Assistência

PARTE ESPECIAL

- Tít. I — Da Execução das Penas Priv. Da Liberdade
- Tít. II — Da Exec. Das Penas Rest. de Direitos
- Tít. III — Da Execução das Penas Patrimoniais
- Tít. IV — Da Execução das Medidas de Segurança
- Tít. V — Dos Incidentes da Execução
- Tít. VI — Do Procedimento Judicial

Tít. VII — Das Disposições Transitórias e Finais

CONCLUSÃO

Por fim, acreditamos que nenhuma forma de execução penal terá real proveito se não se levar em conta a capacidade laborativa do presidiário, e fazê-la exteriorizar dentro das limitações de cada presidiário. Trabalho como laborterapia. Trabalho, como forma de angariar pecúlio. Trabalho, para efetuar o pagamento da pena pecuniária. Trabalho, para promover a indenização à vítima (ou seus sucessores) decorrente do crime. Trabalho, como instrumento de aprimoramento pessoal, e de ampliação dos próprios horizontes profissionais. Trabalho, para que não sobre tempo para tantas maquinações temerárias e tenebrosas, em que tanto se comprazem presos e presidiários.