

**PERDA DA LIBERDADE
(OS DIREITOS DOS PRESOS)**

Heleno Cláudio Fragoso

**I
INTRODUÇÃO**

É antiga a idéia de que os presos não têm direito algum. O condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprobção da coletividade, que o despoja de toda a proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é execrável e infame, servo da pena, perde a paz e está fora do direito. O *outlaw* no antigo direito inglês podia ser morto por qualquer pessoa, pois, como se dizia nos próprios textos, “pode ser morto meritoriamente sem a proteção da lei, o que não quer viver conforme a lei”¹. No direito primitivo impunha-se ao delinqüente a pena de expulsão do grupo (que virtualmente significava a morte), forma expressiva de retirar-lhe, por completo, a proteção do direito. A 13.^a emenda à Constituição americana, aprovada em 1865, proscreeve a escravidão e a servidão involuntária, mas ressaltava a hipótese de pena imposta por crime a que alguém seja condenado. Decisão de 1971 referia-se ao preso como escravo do Estado.

A prisão aprece para substituir a pena de morte e as penas corporais. Como diz DI GENNARO, a abolição da pena de morte foi favorecida e aceita pela opinião pública especialmente porque se considera como alternativa à destruição da vida, um cárcere duro e penoso, capaz de corresponder à natural reação vindicativa do público, e de constituir garantia seguro para a defesa da sociedade².

O preso estava, assim, num estado de completa sujeição ao poder arbitrário e absoluto da administração carcerária, sem direito algum. Uma mudança de enfoque só se torna possível quando surge e se afirma, ao lado da função meramente punitiva, uma proclamada finalidade recuperativa, através da qual se procura atribuir à pena um

¹ JUSSERAND (J.J.), *English wayfaring life in the middle ages*, Londres, 1891, 256, *apud* v. HENTIG (H.), *La pena*, trad., Madri, Espasa Calpe, 1967, 116.

² DI GENNARO *et al.*, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milão, Giuffrè, 1977, 42.

sentido mais humano. Esse novo sentido da pena remonta ao direito canônico e, sobretudo, à inspiração religiosa de alguns pioneiros.

Questiona-se hoje, depois de larga experiência, os direitos do preso. Trata-se de um fato novo na história da pena que põe em causa, com o que se percebe, o sentido e o fim do sistema punitivo do Estado e do regime prisional. A execução deve estar em consonância com os fins atribuídos à pena pelo ordenamento jurídico, cumprindo determinar em função deste a condição jurídica do preso. O problema nesse tipo de indagações se complica pelo manifesto conflito entre finalidades manifestas e as dramáticas realidades do ambiente carcerário, reveladas hoje por sólidas pesquisas.

II O ESQUEMA JURÍDICO

Preso é quem está privado da liberdade, submetido ao poder estatal que resulta do direito de executar a sanção aplicada (*jus punitiois*). Com a transgressão da norma surge para o Estado o direito à aplicação da pena, como direito subjetivo de punir. Como diz ROCCO, tal direito corresponde à “faculdade do Estado de agir de acordo com as normas jurídicas que asseguram a realização de seu escopo punitivo e de pretender do réu aquilo a que é obrigado por força da mesma norma”³. O conteúdo desse *jus puniendi* é dado pela faculdade de impor ao réu a perda ou diminuição de bens jurídicos, nos limites fixados pela sentença, e a ele corresponde, para o réu, a obrigação de a ela submeter-se (*aliquid pati*), abstendo-se de resistência⁴. Esse esquema é puramente formal, mas é importante porque fixa para o Estado os limites da punição (a pena não pode ser maior ou diversa da que está prevista na lei) e estabelece para o réu a garantia de não ser atingido senão nos limites dos direitos diminuídos pela sentença⁵. Que direitos são esses? Em princípio, apenas a perda da liberdade e dos direitos necessariamente afetados por ela.

³ ROCCO (Arturo), “Sul concetto del diritto subjettivo di punire”, no volume *Opere Giuridiche*, III, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1933, 132.

⁴ Para completa exposição das relações jurídicas que surgem com o crime e a imposição da pena, cf. GRISPIGNI(F.), *Diritto Penale Italiano*, Milão, Giuffrè, v. I, 1950, 275 *et. seg.*

⁵ GRISPIGNI, *ob. cit.* (nota 4), 299.

Na ausência de uma lei das execuções penais, no entanto, os limites são incertos. A doutrina alemã, anterior ao surgimento da *Strafvollzugsgesetz* desenvolveu a teoria da especial relação de poder ou autoridade (*besonder Gewaltverhältnis*), que foi originalmente formulada por LABAND, no direito administrativo. Essa teoria tem por base, como explica TIEDEMANN, a idéia de que o Estado e o cidadão podem ter duas espécies de relações jurídicas: a relação de sujeição geral, relação de direção e subordinação, que necessariamente existe entre o Estado e todos os cidadãos, e a relação de sujeição particular, que nasce unicamente nos casos em que se criam por fato do indivíduo relações estreitas entre ele e o Estado (funcionários, estudantes de serviços públicos, etc.). A relação do preso com a administração penitenciária seria uma especial relação de autoridade e sujeição⁶. Segundo essa doutrina, os direitos fundamentais dos presos sofrem as restrições impostas pela manutenção da ordem e da segurança, e se projetam, portanto, em base incerta, permitindo ampla dominação do preso. A evolução, como veremos mais adiante, se processou através do reconhecimento de garantias constitucionais, pois desde os antigos trabalhos de FREUDENTHAL desenvolveu-se o entendimento, hoje indiscutível, de que o preso não é desprovido de direitos, e que não está entregue ao arbítrio da administração penitenciária, sendo, ao contrário, sujeito de direito público, tendo relações jurídicas com o Estado, de onde surgem direitos e obrigações⁷.

As fórmulas gerais adotadas nessas teorias, faziam recurso a vagos princípios, relacionados com o fim das execuções. SCHÜLER SPRINGORUM reproduz decisão judicial expressiva: “A execução penal constitui especial relação de poder (ou autoridade), em cujo âmbito a administração está justificada para tomar e regular, de forma geral ou especial, todas as medidas necessárias à realização da execução da pena, no sentido de suas finalidades juridicamente reconhecidas”⁸. Como teremos oportunidade de ver, decisões semelhantes procuraram também fixar, nos Estados Unidos, os direitos e deveres dos presos.

⁶ TIEDEMANN (K.), “La protection des droits des détenus”, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1962, 490. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Uebergang*, Goettingen, Otto Schwartz, 1969, 40: “A noção de especial relação de poder do direito administrativo transformou-se em idéia central do direito das execuções”.

⁷ TIEDEMANN, ob. cit. (nota 6), 489.

⁸ SCHÜLER-SPRINGORUM, ob. cit. (nota 6), 45.

Quais são, porém, os fins da pena criminal invocados? Trata-se de largo e improfícuo debate, que tem dividido as escolas e marcado a evolução do direito penal. Os juristas clássicos, partindo do rígido enquadramento do magistério punitivo no plano ético, explicavam que a pena é essencialmente retributiva, e que representa o justo castigo pelo malefício praticado. As idéias, porém, não se formulavam com simplicidade. A retribuição devia ser entendida como essência da pena, como sua maneira de ser, pois necessariamente ela constitui perda de bens jurídicos imposta pela realização do delito (por seu turno lesão de bens jurídicos). A retribuição seria um *meio* para um escopo que se situa fora da pena. O escopo, como dizia ROCCO, ou está no passado ou no futuro, e ultrapassa a própria pena. A pena é medida de *defesa social*: visa defender a existência da sociedade juridicamente organizada contra o perigo da delinqüência. No momento da ameaça procura infundir temor e afastar os destinatários da norma da prática do delito. No momento da execução essa defesa opera através do impedimento físico do condenado (colocando-o na impossibilidade de praticar novos crimes) ou através do impedimento psíquico, seja pela intimidação, seja pela correção ou emenda⁹.

O direito penal moderno rejeita todo e qualquer fundamento metafísico. O direito penal é parte da política social. Ele aparece como instrumento para preservar a vida em comum, derivando, para o Estado, de sua função básica de tutor e mantedor da ordem jurídica¹⁰. O magistério punitivo não se funda no princípio da retribuição e tende a fins práticos. A ameaça penal pretende proteger determinados valores da vida social prevenindo o cidadão que sofrerá a pena se pratica a ação delituosa. A eficácia dessa ameaça é hoje mais que duvidosa. A efetiva imposição da pena visa conferir seriedade à ameaça penal. A execução se justifica pela defesa, em termos de neutralização do transgressor ou em termos de sua possível recuperação social. Essa é a teoria, exposta em termos bastantes sumários e esquemáticos.

⁹ Veja-se a exposição completíssima que apresenta ROCCO (Arturo), *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1932, 448 *et seq.*

¹⁰ ROXIN (C.), "Sinn und Grenzen Staatlicher Strafe", no volume *Strafrechtliche Grundlagen-probleme*, Berlim, Nova York, Gruyter, 1973, 13.

Seja como for, pode-se perceber, pelas controvérsias a que dá lugar o debate em torno ao sentido e fim da pena, que será bastante incerto e vago fazer derivar daqui obrigações e direitos dos presos, abrindo-se campo para o mais completo arbítrio.

Em termos de generalidade e abstração, temos alguns princípios constitucionais. Assim, a Constituição Federal declara: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do prisdário” (art. 153 § 14). A Constituição também garante a liberdade de consciência e de religião (art. 153 §§ 5º, 6º e 7º), afirmando que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 176) e que o trabalho é condição da dignidade humana (art. 160, II).

O CP, por seu turno, proíbe, nos regulamentos das prisões, medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana, determinando que indiquem os castigos disciplinares aplicáveis (art. 32). Pune, por outro lado, o exercício arbitrário ou o abuso de poder (art. 350).

Na Alemanha encontramos também na Constituição Federal alguns princípios gerais que têm sido invocados em defesa dos direitos dos presos. O art. 1º da Lei Fundamental dispõe: “A dignidade humana é intangível. Todos os agentes do poder público têm obrigação absoluta de a respeitar e proteger”. O art. 2º consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e exige que as restrições ao direito à vida, à integridade e à liberdade tenham base em lei.

Nos Estados Unidos, a 13ª Emenda à Constituição fundamentou a doutrina segundo a qual os tribunais não podiam interferir na execução das penas (*hands off*). Como veremos, essa teoria sofreu evolução notável.

As declarações formais de direitos, gerais e abstratas, são de pouco valor. Elas correspondem à ideologia do sistema e encobrem desigualdades, dominação e opressão, através de representações ilusórias. Só adquirem relevância e significação prática quando magistrados lúcidos, dispostos a usar de seu poder formidável para o progresso social, as fazem valer, delas retirando todo o seu potencial de império,

através de interpretação criadora, orientada no bom sentido. Isto é, infelizmente, pouco comum.

III AS REALIDADES DO SISTEMA

O cárcere surge como instrumento de controle da pessoa do preso, como se pode ver tão bem pelo *panopticum*, de JEREMIAS BENTHAM, permitindo vigilância absoluta e exigindo completa disciplina¹¹.

Com a afirmação de seu fins humanitários supõe-se que seja possível, através dele, castigar o delinqüente, neutralizando-o através de um sistema de segurança e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo, através de um “tratamento”. A experiência de dois séculos é desanimadora.

Muitos estudiosos, nos últimos 20 anos, examinando o ambiente carcerário, demonstraram de forma eloqüente os seus efeitos devastadores sobre a personalidade humana. Esses estudos remontam às obras, hoje clássicas, de DONALD CLEMMER e GRESHAM SYKES¹². Elas vieram mostrar que a prisão não é uma miniatura da sociedade geral, mas sim um sistema próprio de interação social e de poder, constituindo uma subcultura deformada¹³. SYKES descreve as privações a que está submetido o preso. Perdendo a liberdade, ele perde o seu *status* formal, ou seja, a sua identidade social, perdendo também a possibilidade de escolha entre alternativas de comportamento, a propriedade privada de certos materiais, a possibilidade de relações sexuais normais, e uma série de outras características do comportamento normal das pessoas. Não se trata apenas da perda de liberdade, mas de sujeição completa a uma estrutura de comando autoritária, que lhe reduz por completo a capacidade de autodeterminação¹⁴. Integra-se o preso na sociedade dos cativos, que tem as suas

¹¹ FOUCAULT (M.), *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, *passim*. A obra de BENTHAM, precedida por ilustrativa entrevista de M. FOUCAULT foi recentemente reeditada, em tradução francesa (*Le Panoptique*, Paris, Belfond, 1977).

¹² CLEMMER (D.), *The prison community*, Nova York, Rinehart, 1958; SYKES (G. M.), *The society of captives*, Princeton, Princeton Univ. Press., 1958.

¹³ A expressão se deve a HARBORDT (*Die Subkultur des Gefängnisses*, 2ª ed., 1972), citado por MÜLLER-DIETZ *Empirische Forschung und Strafvollzug*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1976; 13.

¹⁴ Cf. KORIN (R.) e McCORKLE, *Criminology and Penology*, Nova York, Rinehart, 1964, 523 *et seq.*

próprias regras e valores, submetendo-se ao código da *massa*. ERWIN GOFFMAN, num livro importante¹⁵, elaborou a idéia da *instituição total*, como sendo aquela que, por completo, domina e controla a vida das pessoas, em todos os momentos da existência. E revelou o que chamava de *caráter binário* das instituições totais: nelas há uma cisão básica entre um grande grupo manejado (o dos internos), e um pequeno grupo do pessoal supervisor: “cada grupo tende a representar-se o outro com rígidos estereótipos hostis: o pessoal costumam considerar o pessoal petulante, despótico e mesquinho. O pessoal tende a sentir-se superior e justo; os internos a sentir-se inferiores, débeis, censuráveis e culpáveis”¹⁶.

Resumindo essas idéias, DICK BLOMERG, num estudo feito para o Conselho da Europa, afirmava com precisão: Todas as instituições “contêm dois sistemas separados ou subgrupos, um formado pelo internos e outro formado pelo pessoal. Todas demonstram uma cultura dos internos oposta ou, pelo menos, desviante da orientação de valores do pessoal e das finalidades oficiais da instituição. Todas mostram alguma forma de distribuição de poder em ambos os grupos, e, em ambos, os modos de interação entre o grupo dos internos e o do pessoal, formam uma parte essencial da estrutura e funcionamento da instituição como um todo. Essas descobertas constituem hoje um conjunto de truísmos. Desde que as instituições são reconhecidas como sistemas sociais, de acordo com a terminologia sociológica, elas são providas por definição, com as qualidades da espécie mencionada”¹⁷.

Temos, portanto, de um lado, a *massa*, como conjunto de delinqüentes, com as suas próprias regras, e, de outro, o mundo da polícia e da sociedade em geral. A *massa* é o crime, o pessoal do crime, que não se mistura com o mundo oficial da prisão: “polícia é polícia; preso é preso”¹⁸.

¹⁵ GOFFMAN (E.), *Asylms*, Nova York, Doubleday, 1961.

¹⁶ GOFFMAN, ob. cit. (nota 15); 21. Cf. também, do mesmo autor, “On the characteristics of total institutions; staff-inmate relations”, no volume *The prison, studies in institutional organization and change*, CRESSEY (D.) (ed.), Nova York, Rinehart, 1961, 68.

¹⁷ BLOMERG (D.), “Survey from the standpoint of sociological and cultural studies of the environment of the place of detention or treatment”, no volume *The Effectiveness of punishment and other measures of treatment*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1967, 181.

¹⁸ Veja-se o excelente estudo de JOSÉ R. RAMALHO, *Mundo do crime. A ordem pelo avesso*, Rio de Janeiro, Graal, 1979, 41 *et seq.* Veja-se também, por expressivo, CRESSEY (Donald), “Adult felons in prison”, no volume *Prisoners in America*, OHLIN (Lloyd E.) (ed.)

A subcultura dos internos foi estudada por muito observadores e revelada não só por pesquisas, como através de depoimentos dos próprios presos¹⁹. As “regras do proceder”, ou seja, as leis da *massa* compõem um código de conduta que deriva de valores próprios, e é de aplicação estrita. A delação (*cagüetagem*) é o delito máximo. Procura-se, através da punição severa e implacável da delação tornar o mundo da *massa* indevassável à administração. A sociedade dos internos foi descrita com precisão e seus vários tipos bem identificados²⁰.

Submetem-se, assim, os presos a um processo que GOFFMAN descreveu como sendo de *mortificação*. Adaptam-se ao meio ambiente deformado, através do que se tem chamado de *prisonização*, que muitos autores descrevem, e que os afasta dos padrões do mundo livre.

As relações entre os dois subgrupos está marcada pelo autoritarismo. Os guardas têm de mostrar a sua autoridade e dominação, o que se faz através da imposição de regras e de punições. As regras são numerosas e controlam por completo a vida dentro da prisão. Muitos dos comportamentos que são de rotina e costumeiros na sociedade livre constituem violação de regras na prisão²¹. O controle se faz através de rígido sistema disciplinar. Como esclarece AUGUSTO THOMPSON, “Cumprir manter um equilíbrio entre guardas e internos, através de uma justiça impessoal, padronizada e objetiva, onde impessoal quer dizer igualitária, no sentido mais grosseiro do termo; padronizada significa assunção dos padrões fornecidos pela comunidade carcerária; e objetiva implica em atender aos princípios regulamentares ao pé da letra”. Aceitam-se as *partes* dos guardas, mesmo que não estejam demonstradas, para manter a sua autoridade²². As tensões entre o mundo livre e o mundo da prisão são usadas como meio de controle, conduzindo a um progressivo afastamento dos padrões culturais do mundo livre.

¹⁹ Dadas as dificuldades da pesquisa, adquirem grande valor os escritos dos que estão presos. Nessa literatura memorialistas, que é hoje bastante ampla, são clássicas as obras de ELDRIDGE CLEAVER, *Suol on Ice*, Nova York, Dell Publishing, 1971, e GEORGE JACKSON, *Soledad Brother*, Nova York, Bantam Books, 1970.

²⁰ Cf. SYKES, ob. cit. (nota 12), 58; SCHRAG (Clarence), “Some foundations for a theory of correction”, no volume (nota 16), 346, entre muitos outros. Entre nós, veja-se o importante livro de AUGUSTO THOMPSON, *A questão penitenciária*, Petrópolis, Vozes, 1976, 99.

²¹ SUTHERLAND (E.) – CRESSEY (D.), *Principles of Criminology*, Filadélfia, Lippincott, 1966, 533 (7ª ed.); AUGUSTO THOMPSON, ob. Cit. (nota 20), 69: “Considera-se proibido tudo o que não é autorizado, ao contrário do que ocorre na sociedade livre”.

²² AUGUSTO THOMPSON, ob. cit. (nota 20), 61, 64; SUTHERLAND e CRESSEY, ob. cit. (nota 21), 536.

A reunião de pessoas do mesmo sexo nesse ambiente conduz naturalmente ao homossexualismo, como afirmação da própria virilidade. Os autores descrevem os vários tipos de homossexuais, não faltando o do jovem, de boa aparência, submetido pela violência. Na Exposição de Motivos de seu anteprojeto de Código das Execuções Criminais, o prof. ROBERTO LYRA dizia que “não há solução para a dignidade, a regularidade e a normalidade da vida sexual com a prisão”.

Os efeitos psíquicos agravam-se com a estigmatização, a separação angustiosa dos entes queridos e o parentesco interrompido, circunstâncias terríveis para o espírito humano²³.

Como vimos, supõe-se que seja possível realizar, na execução da pena o que se tem chamado de “tratamento”, com o emprego de variadas expressões (ressocialização, recuperação social, readaptação social, etc.). Pretende-se que seja possível, através da prisão, a emenda ou a correção do criminoso, para que não volte a delinquir.

O art. 37 do CP de 1969 dispunha: “A pena de reclusão e a de detenção devem-se executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”.

No Rio de Janeiro, o regulamento contido no Decreto nº 1.162, de 21/11/68, em seu art. 17, diz que o regime penitenciário deve ser organizado de forma que torne eficaz o *tratamento penitenciário*. No art. 18 diz que tal regime deve ser estruturado de modo que possibilite a individualização do *tratamento carcerário*. E, finalmente, em seu art. 52 diz que o tratamento penitenciário terá como objetivo a preparação do apenado para a vida livre futura em sociedade. O anteprojeto de lei das execuções penais elaborado por BENJAMIN MORAES FILHO (1970), em seu art. 49, dizia que “o tratamento penal tem por objetivo a preparação do sentenciado preso para a vida em liberdade.

²³ Cf. CARNEY (Louis P.), *Corrections and the community*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, 9.

Na exposição de motivos do projeto oficial da lei das execuções penais, na Alemanha, afirmou-se que o “fim do tratamento é o de proporcionar condições para que o sentenciado futuramente possa levar uma vida de responsabilidade social, sem ações delituosas”²⁴.

A lei de execuções italiana (1975) também diz, em seu art. 1º: “Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato um trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti com l’ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi”.

Vejam-se também as regras mínimas da ONU, de nºs 65 e 66.

O “tratamento” aparece, pois, como um dos objetivos do sistema. Trata-se, porém, de solene mistificação. É perfeitamente óbvio que o sistema de encarceramento é incompatível com qualquer espécie de “tratamento”, seja qual for o sentido que a ele se atribua. O simples fato de forçar uma pessoa a viver em isolamento, numa situação em que todas as decisões são tomadas para ela, não pode ser forma de treinamento para viver numa sociedade livre²⁵.

Surge, portanto, falando em tese, uma situação paradoxal e conflitante, largamente evidenciada em numerosos trabalhos. Nos últimos tempos, têm-se questionado sobre a autoridade e a responsabilidade do Estado para mudar coercitivamente as atitudes e o comportamento humano. A isso se refere o documento de trabalho oficial apresentado ao V Congresso da ONU, sobre prevenção do crime e tratamento de delinquentes²⁶. Quando se pensa no tipo de sociedade para o qual se pretende “readaptar” o preso logo se compreende o alcance dessas reservas.

Por outro lado, como bem adverte LOPEZ REY, o crime e a delinqüência não são necessariamente formas desviadas ou desorganizadas de comportamento. Pelo

²⁴ *Strafvollzugsgesetz. Regierungsentwurf mit Begründung, Wuppertal*, Bundesministerium der Justiz, 1973, 76. Como se percebe claramente, o êxito do “tratamento” deve ser aferido em termos de não-reincidência.

²⁵ *Corrections and the criminal systems, Corrections, National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*, Washington, Government Printing Office, 1973, 386.

²⁶ *The treatment of offenders in custody or in the community, with special reference to the implementation of the standard minimum rules for the treatment of prisoners adopted by the UN*, Working paper prepared by the Secretariat. A/CONF. 56/6 (mimeo.), 13.

contrário, freqüentemente eles refletem padrões de vida correntes e até aceitáveis, os quais, por seu turno, são o resultado de uma particular estrutura da sociedade²⁷.

Não há, em nossas prisões, nada que se pareça com qualquer espécie de “tratamento”. O que seja o trabalho (um dos elementos insistentemente mencionados nesse tal “tratamento”), veremos mais abaixo. Nossos mais autorizados conhecedores do sistema penitenciário empregam expressões sugestivas.

Assim, AUGUSTO THOMPSON: “As metas sérias da prisão são evitar fugas e manter a ordem interna”. MANUEL P. PIMENTEL: “A disciplina e a segurança passam a ser a grande meta em todos os presídios”²⁸.

O entendimento que hoje prevalece é o de que o conflito entre os fins da pena é insolúvel. Nenhum tratamento produziu efeitos. A instituição serve apenas para reforçar valores negativos e falhou completamente no seu propósito de modificar as pessoas. Isso tudo foi dito no documento oficial apresentado ao V Congresso da ONU, em 1975²⁹. A existência de um subcultura dos internos, característica das instituições totais, torna-os impermeáveis a qualquer tipo de “tratamento”.

Reconhece-se hoje a falência da prisão, e conviria falar em termos claros. Não há tratamento possível no meio cerceário. O problema da prisão é a própria prisão³⁰. A prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução. Cumpre tirar urgentemente da prisão os delinquentes não perigosos e assegurar, aos que lá ficarem, que sejam tratados como seres humanos, com todos os direitos que não foram atingidos pela perda da liberdade.

²⁷ LOPEZ REY (M.), “Some misconceptions in contemporary criminology”, no volume *Essays in Criminal Science*, MUELLER (Gerhardt O.W.) (ed.), South Hackensack e Londres, Rothmann e Sweet & Maxwell, 1961, 28.

²⁸ THOMPSON (A.), ob. cit. (nota 20), 64; PIMENTEL (Manoel P.), “Visão do sistema penitenciário paulista à luz da penologia moderna”, *Rev. Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 10, 171, 1977.

²⁹ *The treatment of offenders*, doc. cit. (nota 26), 23. A tendência é hoje no sentido de limitar os programas de reabilitação aos internos que o desejam.

³⁰ FRANK (Benjamin), *Contemporary Corrections*, Reston, Virgínia, Reston Publishing, 1973, 149.

É necessário, porém, considerar a prisão no contexto da crise social que atravessamos. A criminalidade está crescendo. Trata-se de fenômeno sócio-político, que não se resolve com o direito penal. A suposta tutela jurídica que se pretende realizar através da ameaça penal é uma das muitas ficções com que os juristas se comprazem, pois não está demonstrado o efeito preventivo de tal ameaça. A experiência também demonstra que através do encarceramento não se consegue, por igual, prevenir o delito. As taxas de reincidência são incomparavelmente maiores quando se manda o condenado para a cadeia, e são tanto maiores quanto mais longa for a pena³¹. Qualquer que seja o tipo de prisão e qualquer que seja o “tratamento”, as taxas de reincidência se mantêm sempre elevadas.

Diante da crise social que conduz a maior delinqüência, a prisão continua a ser considerada pelos governantes como seu instrumental supremo de reação. É a solução mais fácil, porque através dela só se vai colher a parcela mais desfavorecida da sociedade. Como observam RUSCHE e KIRCHHEIMER, há muitos anos, “a futilidade das punições severas e do tratamento cruel, pode ser demonstrada mil vezes. Enquanto a sociedade for incapaz de resolver seus problemas, a repressão, solução fácil, será sempre aceita”³².

Por outro lado, embora a prisão esteja em crise, não falta por completo às suas finalidades. Como assinalou de forma penetrante, MICHEL FOUCAULT, “a prisão atinge um de seus objetivos, o de chamar atenção para certos atos ilegais, o de por em relevo certos comportamentos, fazendo crer que eles são mais graves e mais perigosos para a sociedade”³³. Deixa-se, assim, na sombra a criminalidade dos ricos e poderosos, incomparavelmente mais grave, formando-se, através dos meios de comunicação, com os delinquentes comuns encarcerados, o estereótipo do criminoso.

³¹ WALKER (Nigel), *Sentencing in a rational society*, Penguin Books, 1972, 239. Cf. também *Corrections and the criminal Justice System*, cit. (nota 25), 385.

³² RUSCHE (G.) – KIRCHHEIMER (O.), *Punishment and social structures*, Nova York, Columbia Univ. Press, 1939, 208.

³³ FOUCAULT (M.), ob. cit. (nota 11), 281.

IV

A LUTA PELOS DIREITOS DOS PRESOS

No plano internacional o trabalho em prol dos direitos dos presos remonta ao período entre as duas grandes guerras. A Comissão Internacional Penal e Penitenciária elaborou em 1929 e reviu em 1933 um conjunto de regras para o tratamento de presos. Essas regras foram aprovadas pela Liga das Nações, em 1934. A ONU, em seu 1º Congresso sobre prevenção do crime e tratamento do delinqüente, celebrado em Genebra, em 1955, aprovou uma nova versão dessas regras, que constituem as regras mínimas para o tratamento de presos. Desde então, a ONU tem-se ocupado permanentemente com o seu aperfeiçoamento e implementação. Em 1957, o Conselho Econômico e Social recomendou que o Secretário Geral da ONU seja informado, a cada 5 anos, sobre os progressos feitos pelos governos na aplicação de tais regras.

Retomando expressamente o tema no IV Congresso, realizado em 1970, em Kioto, no Japão, a ONU examinou a questão da natureza e escopo das regras, preocupando-se especificamente com os aspectos relacionados aos direitos humanos³⁴. Obedecendo a deliberação desse congresso, a Assembléia Geral recomendou, em sua resolução 2.858 (XXVI), de 20.12.71, que todos os Estados membros implementassem as regras mínimas na administração de instituições penais e correcionais. E retirou tal recomendação na resolução 3.218 (XXIX), de 06/11/74.

No V Congresso, realizado em Genebra, em 1975, voltou-se ao tema, expressamente incluído na agenda. O secretariado preparou a propósito substancioso documento de trabalho, que já invocamos mais de uma vez³⁵.

As regras mínimas são importantes, apesar de suas notórias insuficiências e limitações, porque através delas procura-se preservar a dignidade do preso, protegendo-se, em base universal, os seus direitos humanos, impedindo que seja ele

³⁴ Veja-se o relatório do saudoso SEVERIN C. VERSELE sobre o terceiro item da agenda (*The standard minimum rules for the treatment of prisoners in the light of recent developments in the correctional field*). A/CONF. 43/5, Nova Yor, 1971, 18.

³⁵ Cf. documento citado (nota 26). Tanto nesse documento como no relatório final há específica referência a questão dos direitos dos presos, com a afirmação de que o preso deve continuar a gozar dos mesmos direitos que os outros cidadãos exceto os que lhe forem retirados pela lei e os que resultam do encarceramento. Cf. A/CONF. 56/L. 6,9.

submetido a tratamento degradante e que lhe sejam impostas restrições e sofrimentos que não sejam inerentes à perda da liberdade. Mas é óbvio que tais regras não têm caráter convencional, não podendo ser invocados senão quando incorporadas ao direito interno. É inegável, não obstante, a sua força moral como expressão de padrões universalmente reconhecidos e proclamados.

No âmbito do Conselho da Europa foi aprovado, pelo Comitê de Ministros, em 19 de janeiro de 1973, uma nova versão das regras mínimas para o tratamento de presos, que altera, em vários pontos, o texto original, para facilitar o contato com o mundo exterior, tornar mais flexíveis os critérios de seleção dos presos, desenvolver e encorajar a participação dos presos, em sua reabilitação e proteger as relações com a família³⁶.

A luta formidável em prol dos direitos dos presos realizou-se em dois planos. Em certos países os tribunais foram provocados com base em direitos e garantias de ordem geral, previstas na Constituição. Em outros, começaram a surgir leis de execuções, definindo com nitidez a situação jurídica do preso, e delimitando as restrições de direitos a que pode ele ser submetido.

Nos Estados Unidos os tribunais tradicionalmente adotaram uma política de não interferência na administração penitenciária (*hands off*), situando-a fora do controle judicial. Uma decisão de 1954 dizia: “Courts are without power to supervise prison administration or to interfere with the ordinary prison rules or regulations”. Uma outra decisão, de 1962, bastante expressiva dessa orientação, dizia: “Supervision of inmates or institutions rests with the proper administrative authorities and courts have no power to supervise the management of disciplinary rules of such institutions”³⁷. Por trás dessas decisões estava a 13ª Emenda à Constituição. Uma decisão imortante da Corte Suprema, em 1961 (*Monroe vs. Pape*), veio tornar possível questionar, em escala mais ampla, por via judicial, a situação das prisões, e os tribunais começaram a receber

³⁶ Cf. *Council of Europe action in the field of crime problems*, Estrasburgo, Directorate of Press and Information, 1975. Uma tradução das regras mínimas do Conselho da Europa foi publicada pela *Rev. Direito Penal*, n. 19/20 (1975).

³⁷ MITFORD (Jessica), *Kind and usual punishment, The prison business*, Nova York, Vintage Books, 1974, 272. Para exposição da doutrina do *hands-off*, cf. FOX (Vernon), “The first amendment rights of prisoners”, *Journal of Crim. Law. Crim. And Police Science*, v. 63, 162 (1972).

demandas sobre regulamentos arbitrários, superpopulação, condições desumanas de vida, falta de assistência médica, ausência de facilidades recreacionais e educacionais³⁸. A partir do início dos anos 70 a doutrina do *hands off* é abandonada, passando-se a entender que a interferência judicial era possível em casos de comportamento claramente arbitrário ou abusivo. Decisões houve que significaram ampla abertura. Assim, um tribunal distrital de Arkansas, em 1970, entendeu que o confinamento em certa instituição, cujas condições eram tão más, “a ponto de chocar a consciência de um povo razoavelmente civilizado”, poderia constituir punição cruel e inusitada (que a Constituição proscreeve, na 8ª Emenda). O caso *Coffin vs. Reichard* firmou um princípio que serviu de base a vários outros pronunciamentos dos tribunais: “A prisoner retains all the rights of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication taken from him by law”³⁹. Decisão de uma corte distrital de Nova York, em 1970, referindo-se ao processo disciplinar, afirmou que o preso tem as garantias do devido processo legal, se é acusado de faltas que podem acarretar segregação ou outra punição que implique na revogação dos créditos por ele obtidos por bom comportamento. E terminava: “prisoners do not lose all of their rights under the Constitution when sentenced prison”⁴⁰.

Algumas decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos foram particularmente importantes para fixar os limites de direitos. Num caso de 1974, em que se questionava o sistema de censura à correspondência (*Procunier vs Martinez*), a Corte decidiu que as restrições previstas nos regulamentos só são válidas na medida em que promovem um dos interesses substanciais do governo quanto à segurança, à ordem e à reabilitação. No caso concreto, a Corte entendeu que a censura como vinha sendo feita era mais ampla do que os legítimos interesses da administração penal exigiam, e, pois, inválida. Num outro caso de 1974 (*Pell vs. Procunier*), no qual os internos de certo estabelecimento reclamavam as garantias constitucionais para conceder entrevistas à imprensa, a Corte decidiu a favor da administração, assinalando que o interno mantém os seus direitos da 1ª Emenda (manifestação do pensamento) que não sejam inconsistentes com o seu *status* de preso e com os legítimos objetivos penológicos do sistema correcional. Esses

³⁸ FALKOF (Bradley F.), “Prisoner representative organizations, prison reform and Jones vs. North Carolina Prisoners’ Labor Union: an argument for increased court intervention in prison administration”, *Journal of Crim. Law and Criminology*, v. 70, 44 (1979).

³⁹ FALKOF (Bradley F.), ob. cit. (nota 38), 44.

⁴⁰ MITFORD (Jessica), OB. CIT. (NOTA 37), 284.

objetivos são basicamente três: prevenção do crime, reabilitação dos submetidos a custódia e manutenção da segurança interna⁴¹. Como logo se percebe, invocações desse tipo deslocam o problema fundamental para bases incertas. Em 1977, a Corte Suprema proferiu outra decisão importante (a desanimadora) a respeito do direito de organização em sindicatos. Trata-se de reivindicação básica e, convenhamos, perigosa⁴². Nessa decisão (*Jones vs. North Carolina Prisoner's Labor Union*) a Corte afirmou: “Neither the ‘st amendment nor the 14th amendment is violated by state prison regulations that forbid inmates from soliciting membership in a prisoner labor union or from conducting union meetings”. A 14ª Emenda refere-se ao direito de associação. Antes do caso *Jones* a Corte nunca admitiu que preocupações de segurança interferissem na definição dos limites das liberdades garantidas pela 1ª Emenda, procurando balancear os interesses da segurança da administração com os direitos constitucionais dos presos⁴³.

Nos Estados Unidos, portanto, apesar de importantes progressos, a luta pelos direitos dos presos situa-se em bases inseguras, tendo-se em vista os avanços e recuos que as decisões dos tribunais revelam. A decisão do caso *Jones* parece indicar um retorno à doutrina da não interferência, pois basicamente admite que a constituição não garante o direito de manifestação do pensamento e de associação, se o administrador da prisão teme que tais atividades possam prejudicar a manutenção da ordem.

Os tribunais sofrem a pressão dos fatos. A abertura do início dos anos 70 certamente foi influenciada enormemente pela rebelião de Attica, ocorrida em 1971, fato que alcançou vasta repercussão. O impressionante manifesto dos presos começava assim: “We the imprisoned men of Attica Prison want na end to the injustice suffered by all prisoners, regardless of race, creed or color”. Entre os direitos que os presos reclamavam estavam o de receber o salário mínimo, o de exercer atividade política, o de receber e enviar cartas sem censura; o de não ser punido severamente sem as garantias do devido processo legal. Um exame da lista de reivindicações permite avaliar a que ponto chegavam as restrições de direitos.

⁴¹ FALKOF (Bradley F.), ob. cit. (nota 38), 46.

⁴² THOMPSON (Augusto), ob. cit. (nota 20), 88: “Seria impossível conduzir, pacificamente, uma comunidade de reclusos que se mostrasse coesa e capaz de somar forças, com vistas a um objetivo comum”. GRAVEN (J.), “Une innovation qui fait peur? Le syndicat des détenus”, *Rev. Int. de Criminologie et de Pol. Technique*, 1969, 1.

⁴³ FALKOF (Bradley F.), ob. cit. (nota 38), 48.

A comissão oficial que investigou a rebelião apresentou importante relatório no qual se diz que o sistema prisional de Nova York deve ser reestruturado. O princípio fundamental deveria ser o seguinte: “Se os presos devem ter todos os direitos dos demais cidadãos, exceto os que forem especificamente retirados por uma ordem judicial. De modo geral, isto significa que os presos devem manter todos os direitos, exceto o da liberdade da pessoa. Isto inclui o direito de ser adequadamente recompensado pelo trabalho realizado, o direito de receber e enviar cartas livremente, o direito de ter e expressar opinião política, o direito de praticar uma religião ou de ter nenhuma, e o direito de ser protegido contra a punição sumária infligida por agentes do poder público. Quando libertado da prisão, os presos não devem ser sobrecarregados com inabilitações legais que os impedem de exercer os direitos de homens livres”⁴⁴.

As rebeliões são fato comum nas prisões. Elas se devem ao ambiente anormal, autoritário e opressivo, e ocorrem por toda a parte, periodicamente⁴⁵. A comissão que investigou a rebelião de Attica concluiu que uma das causas estava na falta de caminhos não violentos para que os internos pudessem expressar as suas queixas acumuladas⁴⁶.

A importância conferida à questão dos direitos dos presos nos Estados Unidos pode ser bem ressaltada, examinando-se os relatórios presidenciais de 1967 (*The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force Report: Corrections*) e de 1973 (*The National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*). Ao passo que o primeiro silencia sobre a matéria, o segundo dedica a ela um extenso capítulo, terminando por dizer: “The convicted offender should retain all rights that citizens in general have, except those rights that must be limited in order to carry out the criminal sanction or to administer a

⁴⁴ *The official report of the New York State special commission, on Attica*, Nova York, Bantam Books, 1972, XVI.

⁴⁵ Sobre a gravíssima rebelião na prisão de Jackson, em Michigan, em 1952, veja-se a expressiva obra de JOHN BARTLOW MARTIN, *Break down the wall*, Nova York, Ballantine Books, 1954. Nada, porém, parece ter-se comparado à rebelião de Attica.

⁴⁶ Sobre as causas das rebeliões, cf. FOX (Verson), *Why prisoners riot*, *Federal Probation*, v. 35, n. 9 (1971). O autor entende que a maior possibilidade de comunicação dos internos ajuda a prevenir as rebeliões. Veja-se também seu livro *Violence behind bars*, Nova York, Vantage Press, 1956.

correctional facility or agency”. Assinalava, porém, que é difícil mudar a situação, porque ninguém está pronto a abandonar anos de poder inquestionável.

Na Europa, a defesa de direitos dos presos surge através de organizações criadas na Escandinávia, nos anos de 1966 e 1967, com sucesso bastante limitado. Nessa época aparecem sucessivamente na Suécia, na Noruega, na Dinamarca e na Finlândia, associações para defesa de uma política criminal humana, procurando interessar o público em geral nos problemas dos presos. Segundo HALL WILLIAMS a que teve mais êxito foi a dinamarquesa, fundada por estudantes de psicologia de Copenhague⁴⁷. O contexto da Escandinávia, no entanto, é bem peculiar. Funciona, ali, o Ombudsman que recebe enorme quantidade de queixas de presos⁴⁸. Na Inglaterra também funciona, sem muito êxito, uma associação fundada por ex-condenados, a PROP (*Preservation of rights of prisoners*). Nesse país, ao que parece, os presos não encontraram socorro nos tribunais, aos quais só se podem dirigir com autorização do Home Secretary. Uma antiga decisão judicial (1943) negou aos presos o direito de peticionar aos tribunais sobre a legalidade do tratamento⁴⁹.

Em vários países foram promulgados códigos de execuções criminais, que vieram proclamar e disciplinar direitos dos presos. Como diz a contribuição alemão ao V Congresso da ONU, em 1975, “só uma lei das execuções pode proporcionar uma base clara para definir os direitos e deveres dos presos e da administração”⁵⁰. A Exposição de Motivos do projeto oficial alemão afirma peremptoriamente que não corresponde ao Estado de direito deixar a regulamentação das execuções ao direito administrativo. A execução tem de ter bases legais. O Tribunal Constitucional alemão, em decisão importante, de 1972, deixou claro que os direitos fundamentais dos presos só poderiam ser restringidos através da lei. Como é óbvio, a antiga teoria da especial relação de poder (ou autoridade), que prevalecia na Alemanha não mais poderia ser

⁴⁷ HALL WILLIAMS (J.E.), *Changing prisons*, Londres, Peter Owen, 1975, 164. Sobre as organizações escandinavas, e, particularmente, sobre a norueguesa, veja-se o fascinante trabalho de THOMAS MATHIESEN, “The Politics of Abolition”, *Scandinavian Studies in Criminology*, v. 4, Oslo, Universitetsforlaget, 1974, 37 et. seq.

⁴⁸ WARD (D.A.), “Inmate rights and prison reform in Sweden and Denmark”, *Journal of Crim. Law. Crim. And Police Science*, v. 63, n. 2, 240 (1972).

⁴⁹ HALL WILLIAMS (J.E.), ob. cit. (nota 47), 173: “Rules did not confer rights on prisoners which could be enforced by legal action.” Cf. também RADZINOWICZ (L.) – KING (Joan), *The Growth of Crime*, Londres, Hamish Hamilton, 1977, 285.

⁵⁰ *Crime prevention and control. The challenge of the last quarter of the century*, publicação do Ministério da Justiça, 1975, p. 42.

aceita e foi abandonada porque não se ajustava às exigências constitucionais⁵¹. Antes do aparecimento da lei das execuções, os tribunais proclamavam na Alemanha que as limitações de direitos fundamentais dos presos só poderiam ser admitidas na medida em que fossem indispensáveis para manter a segurança e a ordem. Tivemos, então, decisões verdadeiramente revolucionárias, baseadas em garantias proclamadas na Constituição. Assim, o tribunal provincial de Hamm, em 1967, declarou que o encarceramento de 3 pessoas na mesma cela, de dimensões reduzidas, destinada a um só preso, com sanitário aberto, violava o art. 1º da Constituição, que declara inviolável a dignidade da pessoa humana⁵². Eb. Schmidt observou que o encarceramento promíscuo de várias pessoas numa cela só não apenas atinge a dignidade humana como cria atmosfera inteiramente negativa aos fins da execução. A própria Biologia revelou o efeito desse tipo de situação em animais (*Ekelreaktionen*)⁵³.

O princípio do Estado social, que a Constituição alemã também incorpora expressamente, aplicá-se à administração e aos presos, tendo efeitos imediatos sobre a execução⁵⁴.

Ele inspirou excelentes decisões do Tribunal constitucional, nas quais se proclama para o preso o direito à ressocialização como derivado do princípio constitucional.

A regra geral que prevalece após a promulgação da lei das execuções é a de que ao preso só podem ser impostas as limitações previstas em lei. O preso conserva todos os seus direitos civis, devendo a execução, tanto quanto possível, assemelhar-se às relações de vida normais⁵⁵. O §4º da lei de execuções dispõe que o preso participa na realização dos fins da execução, e estabelece que as limitações de seu direito de liberdade são aquelas que resultam da lei. No silêncio desta só podem ser impostas as

⁵¹ Cf. KAISER-KERNER-SCHÖCH, *Strafvollzug*. Heidelberg, Karlsruhe, Mueller, 1978, p. 67.

⁵² Essa decisão está publicada na *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 43, p. 2.024 (1967), com comentário de Eb. Schmidt. Na decisão está dito que o fato delituoso não retira ao homem a sua dignidade. Sobre as conseqüências dessa decisão, cf. KAISER-KERNER-SCHÖCH, ob. cit. (nota 51), p. 70.

⁵³ Ellenberger (Henri F.), *Introduction biologique à l'étude de la prison*, no volume 4e. *Colloque de Recherche sur la délinquance et la criminalité*, Montréal, 1964, p. 429. Cf. também Rico (José M.), *Sanções penais e política criminal contemporânea*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, p. 87.

⁵⁴ MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, Berlim, Nova York, Gruyter, 1977, p. 58.

⁵⁵ KAISER-KERNER-SCHÖCH, ob. cit. (nota 51), p. 73/75.

^{55-a} Cf. Caliess (Rolf-Peter) e Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, Munique, Beck, 1979, p. 47.

que forem indispensáveis para manter a segurança ou impedir grave perturbação da ordem. As expressões da lei são sugestivas e interpretadas com rigor^{55-a}.

O Código Penal Executivo polonês de 1969 (em vigor a partir de 1º de janeiro de 1970), fixa e determina, de modo até então desconhecido na legislação polonesa, o estatuto legal do condenado, e estabelece o sistema de garantias indispensáveis para protegê-lo⁵⁶. O art. 7º, §2º, desse Código dispõe: “Os direitos do condenado não podem ser restringidos além dos limites necessários à execução da pena imposta ou da medida aplicada”. A lei iugoslava de 1961 também fixa o princípio fundamental de que os direitos dos presos só podem sofrer restrições que venham da lei. Seu art. 2º, na versão francesa, reza: “Les personnes à l’encontre desquelles l’exécution de sanctions penales a lieu, ne sont privés de droits nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis par les sanctions et conformément à la loi”⁵⁷.

No contexto europeu, deve-se mencionar também a importante lei italiana, de 26 de janeiro de 1975, que se refere expressamente ao exercício de direitos (art. 4º). A essa lei Di Gennaro e outros dedicaram excelentes comentários⁵⁸. Aqui também estabelece-se a regra de que os direitos dos presos só podem ser restringidos através da lei. Assim, Malinverni: “Se a pessoa submetida a pena continua a fruir de direitos de liberdade, embora em âmbito mais restrito, segue-se que toda ulterior restrições só pode provir da lei”⁵⁹.

No Canadá, a Corte de Apelação de Ontario proferiu, em 1969, importante decisão, no caso *Regina vs. Maccaud*, onde se estabeleceu: “Na inmate of na institution continues to enjoy all the civil rights of a person save those that are taken away or interfered with by his lawfully having been sentenced to imprisonment”.

Na América Latina, leis de execuções modernas e progressistas foram também promulgadas em vários países, podendo ser mencionadas a lei mexicana, de 1971, e a lei peruana, de 1969. Esta última, em seu art. 5º, dispõe: “Constituye principio rector

⁵⁶ Cf. Walczak (Stanislaw), *Code Pénal Exécutif de la République Populaire de Pologne*, Varsóvia, 1970, p. 6.

⁵⁷ Cf. Pejovic (Andrija), *Loi relative à l’exécution des sanctions penales*, Belgrado, 1961, p. 7.

⁵⁸ Di Gennaro *et al.*, *ob. cit.* (nota 2).

⁵⁹ Malinverni (A.) *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, *L’Indice Penale*, 1973, nº 1, p. 24.

de nuestro sistema penitenciario estimar que el condenado conserva los derechos naturales que le son inherentes”⁶⁰.

Entre nós temos tido propostas significativas para introduzir nas execuções o princípio da legalidade. Assim, o anteprojeto elaborado em 1958, por Comissão presidida por Oscar Stevenson, em seu art. 108, dizia: “Os recolhidos a estabelecimento penitenciário terão os direitos que não contrastem com as restrições decorrentes da execução da medida imposta e que por esta não forem atingidos”. O anteprojeto de Benjamin de Morais Filho (1970), em seu art. 124, dizia: “São prerrogativas fundamentais inerentes à pessoa do sentenciado... conservar durante a execução da pena todos os direitos que não haja perdido ou não lhe tenham sido suspensos, por força de lei ou de sentença”.

Nas prisões estão os pobres e desfavorecidos. Como bem se sabe, a clientela do sistema não inclui os que verdadeiramente têm condições para pleitear por seus direitos. Os tribunais não podem decidir se não forem provocados. Tem sido fundamental, na luta pelos direitos dos presos, o surgimento de organizações combativas, capazes de conseguir advogados para mover a batalha judiciária. Nos Estados Unidos, devemos mencionar a American Civil Liberties Union, seguramente a mais destacada de todas as organizações que, em muitos Estados, trabalham pelos direitos dos presos, realizando um trabalho admirável.

No Canadá é muito ativo o Groupe de défense des droits des détenus de Quebec, que edita o periódico *Face à la Justice*. Nesse país existe também um Office des Droits des Détenus, da Liga de Direitos e Liberdades, cujo objetivo declarado é o da abolição das prisões.

Já fizemos referência às associações que surgiram na Escandinávia e na Inglaterra. Na França, por igual, ocorreu o mesmo fenômeno.

⁶⁰ Cf. *Legislación penitenciária mexicana*, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, México, Secretaría de Gobernación, 1974; Cooper (H.H.A.), *Comentários sobre la nueva legislación penitenciária em el Perú*, Lima, Univ. Nac. Mayor de San Marcos, 1972.

A importância dessas organizações é considerável, pois elas proporcionam os meios para conscientizar a comunidade sobre a terrível situação das prisões, promovendo os direitos dos presos.

Importante também tem sido a atuação de mediadores ou Ombudsmen, os quais talvez proporcionem condições mais adequadas para promover a melhoria da situação carcerária, do que as decisões judiciais. Os tribunais, como vimos, hesitam em interferir na administração das prisões. Alguns estudiosos opõem reservas à ação judicial, entendendo que ela poderia se desenvolver a ponto de criar um sistema de direitos e obrigações que termine por tornar o sistema correcional impraticável. Com diz MADDISON, pode-se, pela judicialização de certas partes do processo administrativo, “criar um monstro que poderia, sem dúvida, destruir qualquer sistema de correção como é atualmente estruturado”⁶¹.

Daí a preferência manifestada por alguns em relação aos Ombudsmen. Nos países escandinavos eles cuidam de queixas recebidas de presos, sendo esta uma de suas tarefas mais importantes. Na Finlândia, no começo dos anos 60, mais de 60% dos casos de que se ocupou o Ombudsman foram originados por pessoas presas. O mesmo aconteceu na Suécia, na Dinamarca e na Noruega⁶². No Canadá também foram criados Ombudsmen em várias províncias (Alberta, New Brunswick, Quebec e Manitoba), no período entre 1967 e 1970, que se ocuparam com casos de presos. Nos Estados Unidos, por igual, em vários Estados surgiram Ombudsmen de várias espécies, inclusive para atuação específica no sistema penitenciário⁶³.

Os estudiosos manifestam-se em geral, de forma extremamente favorável em relação às atividades de Ombudsmen nas prisões. LOUIS P. CARNEY afirma: “Wherever the concept has been implemented it has been favorably evaluated”. O relatório da Comissão Presidencial americana, de 1967, assinalava que “a simples

⁶¹ MADDISON (J.C.), *apud* (HALL WILLIAMS, “A crise de confiança no sistema penal e em especial nas prisões”, *Rev. Direito Penal*, n. 21/22 (1976).

⁶² Cf. TIBBLES (Lance), “Ombudsmen for American Prisons”, *North Dakota Law Review*, v. 48, n. 3, 401 (1972).

⁶³ TIBBLES (Lance), *ob. cit.* (nota 62); CARNEY (Louis P.), *ob. cit.* (nota 23), 322. Em Minnesota existe um *correctional Ombudsman* desde 1972.

presença de pessoas estranhas serviria para desencorajar as práticas ilegais, incorretas, ou desumanas”⁶⁴.

No âmbito do Conselho da Europa existe uma outra possibilidade de luta pelos direitos dos presos: o recurso à Corte Européia de Direitos Humanos, no caso de países que admitiram o recurso de indivíduos. HALL WILLIAMS conta o caso de um preso que teve a perna amputada na prisão, e que solicitou permissão para processar o Home Office. Essa permissão foi recusada. O preso se dirigiu à Comissão Européia de Direitos Humanos, que aceitou a sua jurisdição. O caso terminou por acordo⁶⁵. Trata-se porém de processo longo e demorado. No âmbito mundial, não se exclui o recurso ao Comitê dos Direitos Humanos da ONU, para aqueles países que ratificaram o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966, com o seu protocolo facultativo⁶⁶. O mesmo se diga em relação aos países latino-americanos, que ratificaram a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, da OEA. Não é o caso do Brasil.

V

QUE DIREITOS ?

É lamentável que até o momento não tenha sido promulgado um Código das Execuções Criminais, apesar dos vários projetos que já tivemos. As restrições de direitos só podem provir da lei.

Como vimos, reconhece-se hoje por toda parte que os presos conservam todos os direitos que não são afetados pela perda da liberdade. Trata-se de ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos

⁶⁴ *President Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force Report, Crime and Delinquency*, v. 13 n. 1 (1967). Entre as exigências dos presos de Attica aceitas pelo Comissário correcional de Nova York, estava: “Establish by October 1, 1971, a permanent Ombudsman service for the facility, staffed by appropriate persons from the neighboring communities”. Cf. *The official report*, cit. (nota 44), 253. HALL WILLIAMS (J.E.), ob cit. (nota 61), 59: “Na Europa parece improvável que os tribunais se envolvam com esses assuntos profundamente. O caminho mais provável de desenvolvimento parece ser o da evolução de técnicas para interpor um elemento independente na administração”.

⁶⁵ HALL WILLIAMS (J.E.), ob. cit. (nota 47), 172.

⁶⁶ Cf. FRAGOSO (Helena C.), “Os direitos do homem e sua tutela jurídica”, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 124. O Brasil não ratificou o Pacto.

fundamentais. Examinaremos a seguir as áreas em que os direitos têm sido mais insistentemente reclamados.

Direito ao trabalho

No plano teórico ou formal o trabalho aparece como obrigação ou como parte do “tratamento” ou dos programas de reabilitação. O CP, no art. 29 §1º dia que “o sentenciado *fica sujeito* ao trabalho”. O mesmo, em relação ao submetido a medida de segurança, se for válido (art. 90). A lei italiana (art. 15) indica o trabalho como parte do tratamento. Assim também o anteprojeto de BENJAMIN MORAIS FILHO (art. 50, III).

Se o condenado é obrigado ao trabalho e se por ele recebe remuneração ínfima, que a ele não corresponde, é óbvio que o trabalho é castigo e se integra no esquema punitivo. As regras mínimas determinam que a remuneração deve ser “equitativa” (nº 76). A Lei 3.274, em seu art. 14, dispõe que o pagamento dos sentenciados far-se-á “mediante prévia tabela de valores, deduzidas as percentagens marcadas nesta lei” (arts. 15 e seguintes).

Por toda a parte, o pagamento é ridículo, além de ser sujeito a vários descontos. JESSICA MITFORD, referindo-se ao sistema correcional da Califórnia (o melhor dos Estados Unidos), afirma que 70% dos presos não recebem pagamento algum e que os 30% restantes recebem salários que variam de 5 a 19 cents por hora (ou seja 12 a 45 dólares por mês)⁶⁷.

Durante a revolta de Attica o Comissário de Prisões de Nova York concordou com a exigência que os presos fizeram, no sentido de que lhes fosse aplicável a lei estadual sobre o osalário mínimo.

⁶⁷ MITFORD (Jessica), ob. cit. (nota 37), 208. Sobre as condições lamentáveis que existem na França, cf. MARTINEAU (C.), CARASSO (J.P.), *Le travail dans les prisons*, Paris. Éditions Champ Libre, 1972, 39. Os autores afirmam (p. 23); “Le travail est un élément de la peine”. Sobre a situação na Alemanha, cf. BLAU (Günter), “Arbeit im Geramgmis” no volume *Strafvollzug in Dantschland. Situation und Reform*, ROLLMANN (D.) (ed.), Frankfurt/Main e Hamburgo, Fischer, 1967.

O trabalho que realizam os poucos presos que recebem ocupação não tem sentido profissionalizante e parece ser de pouco relevância na ocupação que eles obtêm depois de liberados mesmo naqueles países que procuram dar seriedade ao trabalho na prisão⁶⁸.

Embora a Constituição Federal diga que o trabalho é condição da dignidade humana (art. 160, II) e o trabalho apareça como direito-dever, o certo é que ele é para uns poucos, é recompensado de forma profundamente injusta e extorsiva e é substancialmente inútil para os efeitos de um suposto “tratamento”.

Se há incerteza sobre o significado teórico do trabalho, nenhuma dúvida existe do que seja na prática: ele constitui privilégio. AUGUSTO THOMPSON esclarece: “O trabalho prisional pouco tem a ver com o trabalho no mundo livre. Não é dever, mas prêmio”⁶⁹. Os presos que conseguem uma *faxina* aproximam-se dos que dirigem a prisão e adquirem condição que os favorece na obtenção de favores e vantagens.

JOSÉ RICARDO RAMALHO, em sua interessante pesquisa na Casa de Detenção de São Paulo, que já mencionamos, refere-se ao trabalho como regalia, que abre para o preso possibilidades maiores de comunicação com o exterior. E assinala: “Trabalhar na cadeia é encarado por alguns presos como a oportunidade de se ‘isolar da massa’. Nesse caso o que está em jogo é a oposição *trabalho/mundo do crime*, em que o fato de exercer uma atividade na cadeia, e quanto mais próxima de funcionários ‘graduados’ melhor, confere ao preso a chance de se considerar em processo de *recuperação*”⁷⁰.

Existe um direito ao trabalho que se projeta, inclusive, sobre a família do preso, cujo sustento dele depende. O trabalho é condição de dignidade pessoal. Tem de ser remunerado como o trabalho livre, com direito à previdência social e a seguro contra acidentes, como garantias efetivas⁷¹. É justo e conveniente que uma parte do

⁶⁸ SOOTHILL (K.), *The Prisoner's release*, Londres, Alien & Unwin, 1974, 32.

⁶⁹ THOMPSON (Augusto), ob. cit. (nota 20), 53.

⁷⁰ RAMALHO (José R.), ob. cit. (nota 18), 108.

⁷¹ Cf. Lei Orgânica da Previdência Social, art. 43 e arts. 91/93 do respectivo regulamento; L. 3.274, arts. 1º, VIII e 19. A lei de bases peruana, de 1969, em seu art. 42: “Por su trabajo el recluso percibirá una remuneración igual a la que corresponde al trabajador libre, com las restricciones derivadas del regimen penitenciario a que estuviere

pagamento se destine ao ressarcimento da vítima. O sistema de pecúlio, feito com o desconto de uma parte da remuneração é inteiramente arbitrário, sobretudo quando opera sobre os valores do pagamento atualmente adotados.

Disciplina

A preocupação fundamental do sistema, como vimos, é como a segurança e a ordem, que são mantidas através da disciplina estrita. Os regulamentos são amplos, vagos, arbitrários, desnecessariamente humilhantes ou restritivos⁷². Como vimos, a autoridade dos guardas é sempre mantida, independentemente da veracidade de suas denúncias.

As penas disciplinares impostas podem ter graves conseqüências, influenciando na concessão do livramento condicional. Através do sistema de pena indeterminada, que em geral vigora nos Estados Unidos, é possível à administração penitenciária, através da aplicação de sanções disciplinares, prorrogar a duração da pena a limites intoleráveis. Por isso mesmo constitui reivindicação generalizada das associações de defesa dos direitos dos presos, o retorno ao sistema de penas determinadas, o que diminuirá o abuso das *parole boards*⁷³.

Reclama-se contra a forma pela qual o sistema disciplinar é instituído e contra o arbítrio que existe na sua aplicação. À primeira questão se atende através da introdução do princípio da reserva legal: a lei (e não o regulamento) deve definir as faltas e fixar a punição, de forma a que fique bem claro o que é proibido e o que é permitido. Nesse sentido orientava-se o anteprojeto da Comissão presidida por OSCAR STEVENSON (art. 77) e o anteprojeto de BENJAMIN MORAIS FILHO (art. 101), As regras mínimas de n°s 27 a 32, referindo-se à disciplina, incorporam as provisões básicas do devido processo, para proteger o preso contra a punição arbitrária e injusta.

sometido”. Para uma experiência interessante, Cf. ARRIGHI (C.), “Une expérience de rémunération du travail pénal aux salaires du marché extérieur: La prison-usine de Tillsberga”, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1975, 254.

⁷² RADZINOWICZ (L.) e KING (J.), ob. Cit. (nota 49), 283. Sobre as proibições infantis impostas aos presos em Attica, cf. *The official report*, cit. (nota 44), 74.

⁷³ JESSICA MITFORD, ob. cit. (nota 37), 121, cita a desiludida opinião de antigo defensor da pena indeterminada (WHITE-HILL): “The Man under indeterminate sentence has all the negotiating options of a cornered rat”.

A verdade é que a prisão cria as condições de dominação, na qual os que dominam e têm poder tendem a abusar dele, em maior ou menor extensão. Entre nós há proibições genéricas nas leis contra tratamento desumano ou degradante, e os regulamentos indicam as penalidades aplicáveis, obedecendo, aliás, a uma prescrição do CP (art. 32). Todavia, como bem observam TEREZA MIRALLES e suas colegas que fizeram pesquisa numa prisão de mulheres no Rio de Janeiro, “há um abismo entre o que está regulado e a prática”⁷⁴. As punições mais graves previstas no regulamento são a prisão dentro da prisão: o isolamento na própria cela, em cela de segurança ou em cela de segurança especial. Esta última é a *cela surda*, que AUGUSTO THOMPSON assim descreve: “Cela nua, cimento puro, sem móveis, trancado dia e noite, isolamento completo”. Este tipo de punição afeta gravemente o equilíbrio psíquico. O isolamento é apontado como uma das causas do alto índice de suicídios nas prisões. Ele provoca, pela falta de interação social, atitudes autistas (em que o indivíduo se volta para si mesmo) e/ou atitudes agressivas, causando inadaptação social, afetiva e intelectual⁷⁵. O CP Executivo polonês (art. 57 §2º) subordina o isolamento do condenado ao consentimento prévio do juiz das execuções, que pode modificar ou cancelar a sanção imposta por motivo de disciplina (art. 58 §2º). Outros Códigos de execuções prevêm um sistema de recursos.

Cumprir introduzir a lei em matéria disciplinar. Isso exige:

- a) – Definição legal taxativa das faltas;
- b) – Previsão de regras do processo disciplinar que assegurem a defesa;
- c) – Um sistema de recursos.

O isolamento total só pode ser aplicado em casos especiais, por curto tempo. No começo dos anos 70, tribunais americanos condenaram a segregação de presos por mais de 15 dias como tratamento cruel e desumano, bem como a dieta de 700 calorias

⁷⁴ TEREZA MIRALLES *et al.*, *O Sistema Penal na Cidade do Rio de Janeiro: Fator Criminógeno*, Rio de Janeiro Liber Juris (1977), 57.

⁷⁵ Cf. BERNHEIM (Jean Claude), *Les suicides dans les institutions carcerales*, Office des Droits des Détenus, Montréal, 1979, 7/8 (mimeo.). No Canadá, as taxas de suicídio nas prisões é 10 vezes mais elevada do que no resto da população. Cf. também CHESNAIS (J.C.), “Suicide em milieu carceral et em milieu libre: évolution et situation comparées (1852-1974)”. *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1976, 465 e 761.

que lhes foi imposta⁷⁶. A introdução da garantia do devido processo legal para as sanções disciplinares, estava entre as exigências dos presos de Attica.

A prisão constitui um sistema de convivência anormal e violento, sujeito a pressões intoleráveis. Por isso mesmo, não será nunca fácil limitar o arbítrio dos que procuram manter sob o controle os que são forçados a essa convivência. Como veremos no final deste trabalho, o que se põe em causa é a possibilidade de efetivamente conciliar a lei com um sistema de violência institucionalizada. Tem-se recomendado, por apresentar melhores condições de êxito, a criação de mecanismos verdadeiramente eficazes para as reclamações dos internos. Nos Estados Unidos, nos últimos cinco anos, o Bureau de Prisões e a maioria dos Estados implementaram mecanismos para reclamações dos internos. Através desses mecanismos procura-se dar a todos os presos oportunidade de se manifestar, reduzindo os litígios. Procura-se também assim poder identificar os problemas institucionais, promover a justiça, reconhecendo direitos e reduzindo a frustração dos presos. Esses mecanismos poderiam ter efeito importante no sistema disciplinar, reduzindo a violência e o arbítrio. Convém, no entanto, registrar que, nos Estados Unidos, os presos não estão satisfeitos com o funcionamento desses órgãos⁷⁷.

A questão do tratamento

Já nos referimos à problemática do que se tem chamado de “tratamento” e aos conflitos insolúveis que introduz. MANUEL LOPEZ REY pergunta: “What is supposed to be corrected? The personality of the offender or the general socioeconomic and political structure of the country concerned or both?”^{77-a} Como é óbvio, as tentativas de alterar o comportamento fazem parte da técnica de controle social, própria do sistema punitivo do Estado. Não há qualquer indicação válida no sentido de que os sistemas de tratamento tenham produzido qualquer resultado. Eles parecem significar

⁷⁶ HALL WILLIAMS (J.E.), ob. cit. (nota 47), 173.

⁷⁷ Cf. BERNHEIM (Jean Claude), *Les suicides dans les institutions carcerales*, Office des Droits des Détenus, Montréal, 1979, 7/8 (mimeo.). No Canadá, as taxas de suicídio nas prisões é 10 vezes mais elevada do que no resto da população. Cf. também CHESNAIS (J.C.), “suicide em milieu carceral et em milieu libre: évolution et situation comparées (1852-1974)”. *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1976, 465 e 761.

^{77-a} LOPEZ-REY (M.), “The correction of the criminal offender in Latin America”, no volume *International Corrections*, WICKS (Robert J.) e COOPER (H.H.A.) (eds.), Lexington e Toronto, Lexington Books, 1979, 74.

inútil perda de tempo, de dinheiro e de utilização do pessoal. A ideologia do tratamento vem sendo abandonada.

É interessante mencionar os estabelecimentos de terapêutica social, que remontam às experiências pioneiras do professor STÜRUP em Herstedvester, na Dinamarca⁷⁸. Pretende-se que o tratamento nesses centros proporcione efeitos sistemáticos e intensivos, com a utilização de métodos modernos de terapia social. O CP alemão introduziu a medida em seu § 65 (que ainda está em vigor, embora na Alemanha estejam em funcionamento 4 estabelecimentos).

A experiência, a nosso ver, é negativa. Por ocasião do XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro de 1979, em Hamburgo, realizou-se uma mesa-redonda sobre a matéria, presidida pelo prof. SCHÜLER-SPRINGORUM, com a participação de vários outros destacados especialistas, de diversos países. A impressão que nos ficou do debate, de que participamos, é a de que esta última experiência não produz os resultados esperados, tendo-se em vista o número reduzido de pessoas acolhidas nesses estabelecimentos, o sistema de seleção (com a escolha dos casos mais favoráveis), o custo elevadíssimo e os resultados insignificantes.

JESSICA MITFORD analisa também a experiência americana em projetos semelhantes, particularmente a da Patuxent Institution for Defective Delinquents, em Maryland. A experiência é, também, negativa. O tratamento terapêutico só pode ter efeito se for voluntário⁷⁹. O confinamento institucional, qualquer que seja o seu rótulo, apresenta os problemas insolúveis das instituições totais.

⁷⁸ STÜRUP (George K.), *Treating the "untreatable" chronic criminals in Herstedvester*, Baltimore, 1968; Id., *Einige Elemente für Einrichtung und Betrieb einer sozialtherapeutischen Anstalt*, no volume *Heinitz Festschrift*, Berlim e Nova York, Gruyter, 1972.

⁷⁹ MITFORD (Jessica), ob. cit. (nota 37), 120. Sobre a experiência alemã, cf. KAISER-KERNER-SCHÖCH, ob. cit. (nota 51), 288. O professor Günther Kaiser participou da mesa-redonda a que nos referimos.

A tendência hoje é no sentido de limitar os programas de “tratamento”, sejam quais forem, aos internos que os desejem. Muito eloqüente, a propósito, é o documento de trabalho oficial apresentado ao V Congresso da ONU, de 1975⁸⁰.

Se a reabilitação social constitui um dos escopos declarados do sistema, não parece inadequado dizer que os presos têm direito aos serviços que para isso devem ser obrigatoriamente *oferecidos*. Referimo-nos aqui particularmente ao serviço social, talvez o único elemento de que verdadeiramente se pode esperar alguma coisa de significativo. A experiência da Holanda — um país modelar no que tange a esta matéria — merece atenção. A Holanda tem, em termos relativos, a menor população carcerária do mundo. O serviço de reabilitação ali atua no plano social e psicológico, realizando um trabalho notável⁸¹.

Correspondência

A censura à correspondência e a jornais, revistas e publicações vendidas livremente, tem sido uma grande área de atrito e de litígio. Publicações de esquerda e revistas eróticas têm sido arbitrariamente proibidas pela administração penitenciária.

A censura às comunicações com advogados tem sido abolida, pois é óbvio que pode significar impedimento à defesa. Aqui também, a ausência de lei dá lugar a toda a espécie de abusos e discriminações injustificáveis.

A nova lei de execuções italiana (1975) fixa os limites da censura de forma razoável, submetendo-a a decisão judicial. O art. 18 reza: “La corrispondenza dei singoli condannati o internati può essere sottoposta, com provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto de controllo del direttore o di un appartenente all’amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore.”

⁸⁰ *Treatment of offenders*, doc. cit. (nota 26), 39. Cf. também, por expressivo, BISHOP (Norman), “Beware of treatment”, no volume ASPELIN (Erland) *et al.*, *Some development in nordic criminal policy and Criminology*, Scandinavian Research Council for Criminology, 1975, 21.

⁸¹ Cf. MULLER (N.) *et. al*; *Work of rehabilitation (Reclassering) in the Netherlands*, Haia, National Bureau voor Reclasseur, 1961. Sobre o serviço social (*Social Hilfe*), cf. §64 da lei das execuções penais alemã.

Nos Estados Unidos, é importante a decisão da Corte Suprema de 1974 (*Procunier vs. Martinez*), que já mencionamos em outro ponto deste trabalho. Nessa decisão os juízes MARSHALL e BRENNAN declararam: “Prison authorities may not read inmate mail as a matter of course”.

A comunicação com o mundo exterior é condição de saúde mental para quem está preso. A angústia do preso é com o que fica do lado de fora. A suspensão de visitas é castigo terrível, como sabem muito bem os que estiveram em colégio interno (também uma instituição total). A censura à correspondência limita a liberdade individual e se insere no sistema de coisificação do preso. A prisão impõe a perda total da intimidade. A qualquer momento, em qualquer situação do dia ou da noite, o preso pode ser submetido a buscas e inspeções, que o perturbam material e moralmente, servindo para aumentar a sua revolta. A censura também faz parte do esquema de vigilância total e asfixiante.

A matéria põe em jogo uma garantia constitucional, concebida em termos amplos. O art. 153 §9º. CF dispõe: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Um simples regulamento administrativo não pode sobrepor-se à Constituição. As conclusões a tirar são óbvias.

Outros direitos

A Constituição Federal também impõe o respeito à dignidade do preso (art. 153 § 14). Como fica essa dignidade quando o homem é preso numa jaula com mais 30 ou 40 pessoas, sem lugar para repousar, usando, para satisfazer as próprias necessidades, um *vaso turco*, à vista de todos?

A superpopulação é comum em nossas prisões. A Casa de Detenção de São Paulo, um presídio monstruoso, tem capacidade para 2.000 pessoas, e abriga mais de 6.000. Essa situação é generalizada.

Dir-se-á que não há solução para isso e que uma ordem judicial não poderia ser obedecida. Não nos parece seja esse o caso, e soluções poderiam ser procuradas no

plano legislativo, com urgência. Essa urgência depende da pressão que os tribunais impuserem. Na Alemanha, a decisão do Tribunal Provincial de Hamm, a que aludimos, influenciou o efetivo cumprimento de certas penas⁸². É necessário tirar da prisão urgentemente os que lá não precisam estar, reduzindo o tempo de permanência dos que para lá forem mandados. Os delinquentes não perigosos não precisam ser mandados para a prisão. A suspensão condicional da pena poderá ser ampliada ainda mais, para que possa ser concedida por uma segunda vez, como já ocorre em vários países. O livramento condicional deve ser favorecido, eliminando-se a distinção atual entre primários e reincidentes, e permitindo-se a sua concessão desde que se cumpra, em condições favoráveis, um terço da pena, como se faz em outros países⁸³. A construção de novas prisões não deve ser estimulada.

É necessário, por outro lado, ampliar e modernizar a aplicação da pena de multa, cada vez mais destinada a ter um papel importante na crise do sistema prisional. Na Alemanha a pena de multa é hoje a mais aplicada. Na Inglaterra, desde o *Criminal Justice Act* de 1967, todas as infrações penais podem ser punidas com a pena de multa, salvo os casos de sanção expressa em lei.

A dignidade pessoal do preso também é atingida com as pressões para que ele se submeta, para receber ínfimas recompensas financeiras, a experiências científicas arriscadas. Como diz JESSICA MITFORD, o ser humano nas prisões é mais barato que os chimpanzés⁸⁴. No Brasil, felizmente, esses programas não são conhecidos.

A suspensão dos direitos políticos também é infundada, servindo para estigmatizar o preso e marcar a sua separação do mundo livre. Em Attica, o Comissário Correccional de Nova York concordou com a exigência dos presos, no sentido da liberdade de ação política⁸⁵. A essa liberdade tem de corresponder o direito de voto.

⁸² KAISER-KERNER-SCHÖCH, ob. cit (nota 51), 70.

⁸³ Nesse sentido, o anteprojeto elaborado por uma comissão (em que o autor deste trabalho foi relator) presidida pelo juiz FRANCISCO HORTA, no Rio de Janeiro (cf. *Revista de Direito Penal* n. 26). O projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados, onde está em tramitação. Ele permite também unificar as penas superiores a 30 anos, para efeito de concessão do benefício.

⁸⁴ MITFORD (Jessica), ob cit. (nota 37). A autora formula documentado libelo sobre a situação deplorável existente nas prisões americanas. Cf. também RADZINOWICZ (L.) – KING (Joan), ob. cit. (nota 49), 264.

⁸⁵ *Attica Official report*, cit. (nota 44) 253: “Allow all New York State prisoners to be politically active, without intimidation or reprisal”.

Entre nós, a suspensão dos direitos políticos está proclamada na Constituição Federal (art. 149 §2º c), que se refere a “condenação criminal”. O CP (art. 69, V) fala em “condenados a pena privativa da liberdade, enquanto durarem os efeitos da condenação”. Ressalva-se assim, a situação dos condenados à pena de multa e a dos que estão presos mas não foram condenados. Na prática, no entanto, suspendem-se os direitos políticos, qualquer que seja a natureza da prisão.

Quanto à liberdade religiosa, embora no estrangeiro haja referências a restrições, entre nós não se têm observado limitações significativas⁸⁶. A religião, em boa verdade, favorece o controle social e, portanto, ajuda a manter a ordem e a disciplina, embora não se desconheça a *virada* histórica da igreja de nosso tempo.

Entre os outros direitos, parece claro que cumpre atender os que se referem à educação, aos cuidados médicos indispensáveis e à realização de atividades esportivas. Em relação à educação também há direitos constitucionais em causa. O direito ao tratamento médico adequado deriva do dever de cuidado, que incumbe ao Estado. As atividades esportivas, integram-se na recreação, essencial a todo programa de “tratamento”.

VI CONCLUSÕES

As conclusões deste trabalho foram antecipadas ao fazermos a exposição de diferentes tópicos, e não carecem de ser aqui repetidas. A prisão está em crise e os problemas que apresenta não têm solução. Cumpre recorrer a outro tipo de sanções, tornaformando-a em *ultima ratio* do sistema. A pena de prisão deve ser excepcional. Todo esforço deve ser feito para diminuir a população carcerária, libertando os presos não perigosos e ampliando a possibilidade de libertação dos demais. As penas privativas da liberdade cominadas nas leis penais devem ter as suas escalas reduzidas e prever sempre a possibilidade de pena patrimonial alternativa.

⁸⁶ Veja-se a propósito o excelente livro de MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, *A religião nos presídios*, São Paulo, Cortez e Moraes, 1972.

Persegue-se, assim, a humanização do sistema punitivo. A prisão é inútil para a vítima e para a sociedade, sendo ilusória a proteção que proporciona, sem qualquer efeito na solução ou reparação do conflito criado pela ação delituosa. O problema gravíssimo da criminalidade não se resolve com o direito penal. O crime é fenômeno sócio-político que deriva de problemas estruturais na sociedade. A prisão, como solução punitiva, também reflete esses problemas⁸⁷. Ela dá força, real e simbolicamente, à desigualdade social, escandalosa nos países do Terceiro Mundo.

Dir-se-á que a criminalidade violenta aumenta e que a humanização das execuções beneficia a criminalidade. Não é essa a conclusão unânime dos estudiosos, todos de acordo em admitir que a prisão *favorece* a criminalidade, favorecimento que é tanto maior quanto mais grave for a pena. HILDE KAUFMANN, com sua grande autoridade, afirma que a humanização das execuções não influi na segurança pública nem na marcha da criminalidade⁸⁸.

Quanto aos direitos dos presos, temos outras conclusões. A mais importante é a da urgente necessidade de um Código das Execuções Criminais, através do qual se introduza a lei no mundo da prisão, definindo a condição jurídica do preso e disciplinando os seus direitos. Convém provocar os tribunais, confiando na imaginação criadora e na vocação democrática dos juízes, pondo em causa princípios constitucionais do ordenamento e as leis em vigor. Os tribunais têm que penetrar nas prisões. Invocamos a propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal, aplicando os artigos 30 e 32 parágrafo único CP, segundo os quais o isolamento celular não é permitido fora das horas de repouso noturno. Esse isolamento facilita a manutenção da ordem e da segurança da prisão. No caso levado a julgamento o preso vinha sendo submetido a isolamento durante 22 horas por dia, nos dias de semana, e 24 horas nos fins de semana. O Tribunal, em acórdão relatado pelo grande juiz XAVIER DE ALBUQUERQUE, concedeu *habeas corpus* para livrar o condenado da prisão dentro da prisão⁸⁹.

⁸⁷ REASONS (Charles), "Racism, Prisons and Prisoner's Rights", *Issues in Criminology*, v. 9, n. 2 (1974), 13.

⁸⁸ KAUFMANN (Hilde), *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Depalma, 1977, 17.

⁸⁹ A decisão unânime foi proferida no RHC 56.059, RTJ 86/463.

Será mesmo possível falar de direitos em relação ao preso? LUIGI STORTONI, num estudo notável, põe em causa a questão básica de saber se a própria noção de direito como garantia seja compatível com o tipo de instituição total que a prisão constitui. Ela, em verdade, realiza a sua função através da despersonalização do indivíduo e sua repressão psicológica a níveis de insegurança infantil, aparecendo como instrumento terrotístico no complexo aparato de controle social⁹⁰.

A realidade da prisão, realmente, nos conduz à perplexidade. Ela necessariamente estabelece um sistema de poder conflitivo e arbitrário, que não se ajusta com facilidade ao esquema de direitos e deveres. Por isso mesmo, enquanto houver prisões realizando a tarefa que o sistema hoje lhes atribui, haverá sempre rebeliões e motins, que, por seu turno, justificam mais poder arbitrário e repressão.

O verdadeiro problema, portanto, está na própria natureza da prisão e no papel que lhe é atribuído pelo sistema. São questões que dependem de outras, de maior âmbito, pois a prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade que a mantém como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão cumpre, como vimos, uma função ideológica importante, como expressão de castigo, no esquema da pena retributiva. Ela serve também ao controle de uma classe dominada, formando falsamente a imagem do criminoso.

Uma verdadeira solução do problema requer, portanto, transformações ambiciosas que não será fácil alcançar. Parece-nos, no entanto, importante, utilizar o instrumental do próprio sistema jurídico, que, como vimos, não é desprezível, para lutar por essas transformações. A tarefa nos compete. É preciso apenas animar os que, na bela expressão de uma estudiosa, convocados para a luta, ainda não se decidiram⁹¹.

⁹⁰ STORTONI (Luigi), “Libertà” e “diritti” del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario”, no volume *Il carcere riformati*, BRICOLA (Franco) (ed.), Bolonha, Mulino, 1977, *passim*.

⁹¹ MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, ob. cit., (nota 86).

PROPOSIÇÕES SUBMETIDAS À CONFERÊNCIA

1. Os presos conservam todos os direitos que não são afetados pela perda da liberdade.
2. Constitui princípio fundamental em matéria de execuções criminais o de que só através da lei podem sofrer restrições os direitos de liberdade que os presos conservam e que a Constituição Federal assegura a todos.
3. É imperiosa e urgente uma lei das execuções criminais que defina a situação jurídica do preso, fixando o estatuto jurídico do condenado.
4. Devem ser instituídos órgãos independentes da administração penitenciária com poderes para receber queixas e reclamações dos presos e atuar junto à administração.
5. Todo esforço deve ser feito no sentido de afastar da prisão o criminoso primário e de bons antecedentes. As regras relativas ao livramento condicional devem ser ampliadas. O limite máximo de todas as penas impostas deve ser fixado nos 30 anos, para os efeitos do livramento condicional.

ENSAIO DE UMA BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA SOBRE O TEMA:

BADILLO (H.), HAYNES (M.), *A bill of no rights: Attica and the American prison system*, Nova York, Outerbridge and Lazard, 1972. CLERC (F.), “Les droits des détenus”, *Revue Pénale Suisse*, 1961, 34. CORNIL (P.), “Apropos des droits civils et politiques des détenus”, *Revue Pénale Suisse*, 1959, 1. CROMWELL (Paul F.), *Jails and Justice*, Springfield, Thomas, 1975. DUPRÉEL (J.), “Une notion nouvelle: les droits des détenus”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1957/58, 163. ELIAERS (C.), “Consideration sur la protection des droits fondamentaux des détenus”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1975/76, 91. FOX (Vernon), “The first amendment rights of prisoners”, *Journal of Criminal Law. Crim. And Pol. Science*, v. 63, 162 (1972). GRAVEN (Jean), “Une innovation qui fait peur? Le syndicat des détenus”,

Revue Int. de Criminologie et de Police Technique, 1969, 1. GREENSBERG (David F.), STENDER (Fay), "The prison as lawless agency", *Buffalo Law Review*, v. 21, 799 (1972). HERMAN (Michele), *Prisoner's right sourcebook: theory, litigation, practice*, Nova York, Clerk Boardman Co., 1973. KRANZ (Sheldon) *et al. Model Rules and regulations on prisoner's rights and responsibilities*, St. Paul, West Publishing Co., 1973. LYRA (Roberto), *Condição moral e jurídica do encarcerado*, Rio de Janeiro, 1924. MALINVERNI (A.), *Esecuzione della pena detentiva e diritti del'individuo*, L'Indice Penale, 1973 n. 1 MUENCH (I.v.), *Die Grundrechte des Strafgefangenen*, *Juristenzeitung* (Tuebingen), 1958, 73. PALMER (John W.), *Constitutional rights of prisoners*, Cincinnati, W. H. Anderson, 1973. PETERS (K.), "La rééducation et les droits des détunes", *Revue de Sc. Crim. Et de Droit Pénal Comparé*, 1962, 485. PRICE (Ronald R.), "Bringing the rule of law to corrections", *Canadian Journal of Criminology and Corrections*, v. 16 n. 3 (1974). REASONS (Charles), "Racism, prisons and prisoner's rights". *Issues in Criminology*, v. 9, n. 2 (1974). RUDOVSKI (David), *The rights of prisoners: the basic ACLU guide to a prisoner's rights*, Nova York, Discus Book, 1973. South Caroline Dept. of Corrections, *The emergency rights of the confined*, Columbia, Correctional Development Foundation, 1973. STORTONI (Luigi), "Libertá" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, no volume *Il carcere riformato*, BRICOLA (F.) (ed.), Bolonha, Mulino, 1977. TIEDEMANN (K.), "La protéction des droits des détenus", *Revue de Sc. Crim. et de Droit énal Comparé*, 1962, 489. TRAYNOR (Roger), "The changing role of the law in protecting prisoner's rights", *International Review of Criminal Policy*, n. 29 (1971). WARD (D.A.), "Inmate rights and prison reform in Sweden and Denmark", *Journal of Crim. Law, Crim. and Police Science*, v. 63, n. 2 (1972), ZIWIÉ (W.F.), *Droits du détenu et Droits de la défense*, Paris, Librairie François Maspero, 1979.