

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DAYSE STEWART CRISPIM CAVALCANTI

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIAS  
DOS DETENTOS E A SEGURANÇA PÚBLICA

SOUSA  
2013

DAYSE STEWART CRISPIM CAVALCANTI

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIAS  
DOS DETENTOS E A SEGURANÇA PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

SOUSA

2013

DAYSE STEWART CRISPIM CAVALCANTI

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIAS  
DOS DETENTOS E A SEGURANÇA PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

A Deus, por tudo que sou.  
Aos meus pais, Denize e Mitchum, a  
quem devo toda a formação moral, meus  
exemplos de vida e sabedoria.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por abençoar-me todos os dias, conduzindo-me nessa longa caminhada e permitindo que esse sonho se concretizasse.

Aos meus amados pais, Mitchum e Denize, pela educação concedida, por me mostrarem os verdadeiros valores, pelo amor, respeito, apoio, confiança e pela força motivadora de sempre, que me fez chegar até aqui.

Ao meu irmão, David, pelo amor incondicional, pela amizade, por se fazer presente em todos os momentos da minha vida, apesar da distância, e por ser um dos meus grandes incentivadores.

Aos demais familiares que, de uma forma ou de outra, me apoiaram ao longo dessa jornada e depositaram muita confiança em todos os meus projetos.

A todos os meus amigos, especialmente os meus amigos-anjos, Kleidson Lucena, Tissiany Araújo e Juliana Mary, por tornar a minha vida mais bonita, pelos momentos de alegria, de ensinamento, de auxílio, de paciência e atenção. Vocês foram essenciais para a concretização dessa jornada.

Aos companheiros de van, que fizeram da viagem à “Cidade Sorriso” menos desgastante e mais prazerosa.

Aos meus colegas de curso, por compartilharem sabedoria e me proporcionarem momentos imensuravelmente felizes, especialmente às amigas Marília, Laryssa, Mariana, Aldara, Rhayssa e Lívia, que sempre estiveram de braços abertos para me acolher.

Ao Professor Dr. Jardel de Freitas Soares, pela dedicação na orientação, comprometimento com o trabalho, e pelo incentivo.

À Professora Cecília Paranhos, por todo o auxílio no início deste trabalho e por todos ensinamentos transmitidos no decorrer deste curso.

A todos os Professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, pelo empenho para com a formação de grandes e dignos profissionais.

Aos demais funcionários do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, pelo comprometimento na busca pela excelência da Universidade.

Dedico a todos vocês esse trabalho que consagra o final de um ciclo, e inicia outro.

“Devemos retribuir o bem com o bem e o mal com justiça”

*Confúcio*

## RESUMO

A Constituição Federal, nos moldes atuais, é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais que foram conquistados durante os séculos, declarando-os a todas as pessoas, independentemente de seu estado ou situação jurídica. Tais direitos não podem ser violados, entretanto, mediante o embate com outros direitos ou princípios, podem ser relativizados de maneira a fomentar sua máxima efetivação, em face de interesses individuais e coletivos, estabelecidos em cada caso concreto. Por conseguinte, sabe-se que referidos direitos precisam ser também observados quando a pessoa é condenada à prisão, perdendo sua liberdade; ainda assim, os demais direitos apregoados no ordenamento, devem ser respeitados pelos agentes públicos mesmo com sujeitos em situação de cumprimento de pena restritiva de liberdade. Com isso, destaca-se a situação de poder relativizar o direito de sigilo de correspondência, no caso da situação ocupada por aqueles que se encontram presos, levantando a questão de se poder agir de tal forma. A partir daí, busca avaliar a possibilidade de relativização de tal direito, de maneira que haja atendimento a direitos coletivos e públicos, sem deixar se transformar em um ato de abuso de poder ou violação de direitos. De outra maneira, também visa demonstrar os fundamentos sócio-jurídicos que possibilitam tal ato, sem os quais tornaria tal relativização do direito de sigilo do detento mais uma hipótese de violação de direitos. Para tanto, segue uma abordagem pautada no método dedutivo, com a construção da tese científica a partir dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico, partindo de pesquisas efetuadas na bibliografia, de técnica de documentação indireta, sobre o tema de direitos fundamentais e do paradigma do sistema penitenciário brasileiro. Ainda requer a utilização de métodos de procedimento específicos, como o monográfico e histórico, para a compreensão contingente do tema. Desse modo, proporciona a averiguação específica sobre a restrição da inviolabilidade da correspondência, estimulando os ditames da segurança pública e a efetivação de outros direitos tangentes.

Palavras-chave: Sigilo de correspondência. Relativização. Sistema penitenciário. Segurança pública. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The Federal Constitution, currently, is an important instrument of protection for the fundamental rights that were conquered over the centuries, declaring them to all people, regardless of their status or legal situation. Such rights can not be violated, however, by the clash with other rights or principles, can be relativized in order to foster its maximum effectiveness in the face of individual and collective interests, established in each case. Therefore, it is known that these rights must also be observed when a person is sentenced to jail, losing his freedom, yet touted other rights in land should be respected by public officials with the same subject in a state of imprisonment restrictive of freedom. With this, there is the situation that can relativize the right to secrecy of correspondence, in case the situation occupied by those who are stuck, raising the question of whether to act in such a way. Since then, attempts to assess the possibility of relativization of such right, so that there is no service to public and collective rights, while turn into an act of abuse of power or violation of rights. Otherwise, it also aims to demonstrate the socio-juridical foundations that allow such an act, without which law would make such relativization of secrecy detainee's another hypothesis rights violation. Therefore, following an approach guided in the deductive method with the construction of scientific thesis from the parameters set out in the legal system, from research conducted in the bibliography of technical documentation indirect, on the subject of fundamental rights and the paradigm system Brazilian penitentiary. A procedure still requires the use of specific methods, such as historical monograph and for contingent understanding of the topic. Thus, it provides specific investigation about the restriction of the inviolability of correspondence, encouraging the dictates of public security and the realization of other rights tangents.

Keywords: Secrecy of correspondence. Relativization. Prison system. Public safety. Fundamental rights.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

*a.C* – antes de Cristo

*Apud.* – citado por

Art. - artigo

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento de Penitenciárias

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

Nº - número

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

PCC – Primeiro Comando da Capital

RE – Recurso Extraordinário

séc. – século

STF – Supremo Tribunal Superior

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A LEGISLAÇÃO CORRESPONDENTE NO ORDENAMENTO PÁTRIO</b> .....	13
2.1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO INSTITUTO DA EXECUÇÃO DA PENA .....	13
2.2 HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO .....	15
2.3 ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL .....	20
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS DETENTOS E SUA PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	22
<b>3 DO TRATAMENTO DIGNO, DA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO SENTENCIADO E DA SEGURANÇA PÚBLICA</b> .....	29
3.1 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL .....	29
3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	33
3.3 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E COMUNICAÇÕES .....	37
3.4 DA SEGURANÇA, DA PAZ E DA ORDEM PÚBLICA .....	41
<b>4 O DIÁLOGO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA PERANTE O INTERESSE/NECESSIDADE SOCIAL</b> ...	45
4.1 DA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA .....	45
4.2. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	52
4.3 A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA MEDIANTE INFORMAÇÕES COLHIDAS DE CORRESPONDÊNCIAS DOS PRESOS .....	56
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## 1 INTRODUÇÃO

A cada dia vem crescendo a preocupação com a segurança pública e instrumentos legais vêm surgindo para aumentar a proteção da coletividade, haja vista o aumento da violência e a organização do crime no país.

As notícias e a realidade de caos que está em torno das pessoas, em alguns momentos e lugares, conclamam por uma solução do Estado, em decorrência deste deter os instrumentos necessários e o dever legal. A contingência se apresenta aos diversos níveis de governo, que muitas vezes estão limitados devido à burocracia e aos limites legais.

Com isso, há situações em que, para o Estado tomar tal medida, torna-se necessária a restrição de alguns direitos individuais protegidos pela Constituição Federal. Contextualizando isso, nasce a incidência de medidas no espaço penitenciário brasileiro, que além das falhas que apresentam, em alguns momentos fica impedido um controle maior devido aos direitos resguardados aos presos.

Diante disso, apresenta-se a problemática, constante na situação em que, mediante a justificação de um interesse coletivo e a imprescindibilidade da segurança pública, quebra-se o sigilo de correspondência dos detentos, colocando em xeque a relativização de um direito fundamental fornecido aos mesmos. Quais as circunstâncias fundamentadoras e os procedimentos jurídicos e sociais para a adoção de tal medida?

Entra em cena fatores que permitem a adoção de tal medida, entretanto, há também entraves de mesma relevância que tentem a impedir esta conduta de violação por parte do Poder Público e dos demais particulares. Parte-se então aos meios da hermenêutica jurídica para o solucionamento deste tema ora apresentado, remontando um arcabouço de cunho social e axiológico diante de princípios jurídicos em debate.

Dentre as veredas a serem percorridas, tem-se a intenção de expressar também os aspectos regulatórios sobre o princípio do sigilo de correspondência e a sua incidência dentro dos direitos direcionados aos sujeitos cerceados em sua liberdade, por está cumprindo uma pena.

Assim, este estudo tem por escopo analisar a colisão entre o princípio da segurança pública e o princípio da inviolabilidade da correspondência dos apenados,

sob a ótica do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a relativização dos direitos fundamentais, apresentando aspectos de cunho histórico e jurídico-sociais relacionados ao sistema penitenciário brasileiro.

Nesse passo, destaca a importância de uma abordagem que envolve uma análise dedutiva do tema, relacionada com o contexto dos direitos fundamentais nos ditames colacionados ao sistema carcerário. As pesquisas bibliográficas e documentais sobre tais direitos, em especial atenção ao tratamento doutrinário sobre o princípio da inviolabilidade da correspondência e das comunicações se tornam imprescindíveis, através de uma técnica de documentação direta e indireta das fontes que tangem o tema.

Dada a situação do sistema penitenciário, parte-se de método histórico para avaliar as condições antigas e hodiernas sobre a forma e condições de cumprimento de penas restritivas de liberdade, com suas garantias destinadas ao detento para alcançar a punição e ressocialização pretendida por lei. De outra parte, consegue-se adequar a construção lógica do trabalho com o uso do método monográfico, interligando os fatores que compõe o instituto jurídico do sigilo de correspondências e as suas consequências.

Em um primeiro momento, cabe expor uma análise sobre a atual configuração do sistema penitenciário brasileiro, relacionado aos instrumentos e direitos direcionados aos detentos durante a execução da pena. De antemão, parte-se de uma abordagem histórica e o contexto protetivo direcionado na atual proteção constitucional para o cumprimento da pena, chegando a contemporânea conjectura do sistema carcerário e o ideal de garantias decorrentes dos direitos fundamentais.

Posteriormente, situará a figura do detento, mediante as circunstâncias que o envolvem enquanto está a cumprir a medida privativa de liberdade, esquadrihando os déficits e violações consideradas na prática carcerárias, não obstante a reafirmação dos direitos que maximiza a dignidade do mesmo. Neste momento, considera um destaque ao princípio da inviolabilidade do sigilo e da correspondência e comunicações, em face do arcabouço jurídico do preso e os interesses e direitos sociais.

Após a colocação destas premissas, insurge-se o diálogo entre os interesses individuais e coletivos envolvidos na temática deste estudo, conquanto a possibilidade de se restringir o sigilo da correspondência na medida em que proporciona maior garantia à segurança pública. Neste ponto, são apresentados

fundamentos sociais e jurídicos que firmam o convencimento da plausibilidade desta relativização dos direitos dos detentos.

Em meio a tudo isso, revela a preponderância deste tema para a academia jurídica e o contexto normativo ao qual ele envolve, corroborando com a tendência de efetivação de direitos fundamentais e a adequação destes aos interesses coletivos, a cada caso emergente na dialética social. A promoção do debate faz-se ainda mais conveniente pelos resultados que venham a ser apresentados, propondo soluções para questões exurgentes no cotidiano do sistema penitenciário.

## **2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A LEGISLAÇÃO CORRESPONDENTE NO ORDENAMENTO PÁTRIO**

A criminalidade e a violência são fatores que desencadeiam diversos prejuízos, seja de ordem jurídica, com a banalização do crime, o sentimento de impunidade e incredulidade na Justiça, seja de ordem social, com o vertiginoso crescimento da insegurança do cidadão. Destaque-se, ainda, o aspecto econômico, concernente à conservação de um sistema de segurança público eficaz, que abrange consideráveis investimentos com pessoal, aparelhamentos e instalações.

Aglomerado a esse vultoso aparato, depara-se com o sistema penitenciário com o encargo de vigiar, penalizar e, sobretudo, de ressocializar o indivíduo que se encontra à margem da lei, para que regresse ao convívio social.

Sabendo que a pena privativa de liberdade é uma condição amarga, porém indispensável, em algumas situações, e crendo que a história da prisão não induz ao seu gradual banimento, mas a uma imperiosa reforma, buscam-se constantemente soluções eficazes para os problemas carcerários no país, ou seja, uma solução viável e que possibilite o respeito aos direitos dos detentos e, ao mesmo tempo, restabeleça a confiança da sociedade à Justiça.

Antes de aprofundar-se no assunto, é mister fazer algumas ponderações acerca do instituto da execução penal com suas nuances históricas, adentrando na discussão do histórico-evolutivo do sistema carcerário, especificamente do sistema penitenciário brasileiro, e sua atual conjuntura, fazendo alusão em caráter especial, a legislação a ele concernente.

### **2.1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO INSTITUTO DA EXECUÇÃO DA PENA**

A história da execução penal está intimamente relacionada com a do próprio Direito Penal no Brasil e no mundo. Os primeiros relatos acerca da prisão, nos ensinamentos de Frederico Santana (2009, p. 11), ocorreram na Igreja, nos mosteiros da Idade Média, quando aos clérigos ou monges faltosos era imposta a clausura como punição aos deslizes que afrontavam a ordem. Os punidos eram

trancafiados para refletirem sobre a falta cometida, em silêncio. Apregoava-se que por meio da solidão, a alma do indivíduo se purificava do pecado e o arrependimento poderia trazer-lhe a consciência do delito, obrigando-o a refletir, constantemente, sobre sua culpa.

Saliente-se que, quanto a sua origem, a prisão cautelar é precedente ao surgimento da prisão-pena, no qual só veio brotar depois que os povos conheceram o instituto da privação da liberdade. Portanto, antes de ter uma natureza sancionatória, a prisão era reservada a reter o condenado até que sua verdadeira punição fosse efetivamente executada, a qual era sempre uma penalidade de ordem corporal ou infamante. Segundo Michel Foucault (1987, p. 196):

A prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal

Naquela época a pena de morte era bastante difundida e aplicada em praça pública, como forma de demonstrar que quem infringisse a ordem e a lei seria severamente punido. A proibição vinha do exemplo.

Para Frederico Santana (2009, p. 11), a ideia de pena, assim como do próprio Direito Penal, evoluiu com o decurso do tempo, dividindo-se em três fases distintas: a) vingança privada, na qual vigorava a “justiça pelas próprias mãos”, com a Lei de Talião, “olho por olho”, por exemplo; b) vingança divina, na qual o castigo era aplicado pelos sacerdotes, uma vez que a reprimenda se tratava da ira divina; e, c) vingança pública, na qual o castigo era imposto pelo soberano (príncipe) que representava a sociedade, avocando para si o dever de manter a ordem. Foi na fase da vingança pública que, atendendo a um clamor público, o Estado, diante da propagação dos ideais iluministas, viu-se obrigado a repensar os castigos aplicados, afastando a pena de morte tão difundida na época. Assim, a clausura deixou de ser aplicada para mera custódia, passando a consistir no castigo em si.

No Brasil, no período de vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, a privação da liberdade era aplicada como forma de custódia de quem fosse ser submetido a julgamento. Nessa fase da história, os castigos consistiam em sacrifícios corporais e privação de direitos. Posteriormente, com o Código Criminal do Império de 1830 foram ressaltados os aspectos de justiça e equidade que devem

revestir a reprimenda penal.

O final do século XIX, com a abolição da escravatura e a proclamação da República, muitas conquistas foram alcançadas, e o Código Penal de 1890 trouxe a prisão e sua classificação em modalidades, bem com as disposições acerca das unidades prisionais adequadas a cada modalidade de pena.

O Código Penal vigente, que data de 1940, evidenciou e consagrou a moderação da reprimenda penal, contudo, a discussão acerca de uma legislação diretamente voltada à execução penal é anterior, de 1937. O projeto discorria sobre o livramento condicional e a individualização da pena.

A Lei nº. 3.274/57 foi a primeira norma a tratar da execução penal de forma distinta, apartada do Código Penal, mas foi com a Carta Magna de 1988 que a execução penal se consolidou como ciência autônoma.

Hodiernamente, acerca da execução da reprimenda penal, tem-se a Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, projeto do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel. A Lei de Execução Penal (LEP) é considerada moderna, posto que dispõe acerca de um sistema progressista que, preservando a dignidade do sentenciado, visa reeducá-lo e ressocializá-lo.

## 2.2 HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ante a evolução histórica da execução da pena, evoluíram-se igualmente os sistemas que efetivam a aplicabilidade desta. É evidente que o sistema carcerário passou por constantes mutações até os dias atuais, tendo em vista que a prática delituosa dos povos amolda-se de acordo com o contexto político e econômico preponderante de cada época, o qual aponta, através de uma sistemática jurídica, os princípios norteadores, bem como as diretrizes de um aparelho prisional adequado a realidade e necessidade social.

A história do sistema carcerário no Brasil foi definida por acontecimentos que expõem e apontam para o menosprezo no que tange as políticas públicas na seara penal, e, ainda, para a construção de modelos que eram inapropriados e inviáveis quanto a sua utilização.

No período em que o Brasil era colônia de Portugal, ainda não havia um governo centralizado, e conseqüentemente vislumbrava-se um grande empecilho na aplicação da legislação penal da coroa portuguesa, haja vista que, naquela época, o Brasil era desmembrado em capitanias hereditárias, as quais eram regidas por donatários que, por meio de critérios subjetivos e por seu livre arbítrio, detinham o poder de punir e de estabelecer regulamentos.

Segundo Carvalho Filho (2002, p. 36), a primeira “cadeia” erguida no Brasil ocorreu no ano de 1551, em Salvador, Bahia, onde se instalou a sede do governo geral do Brasil. As prisões localizavam-se no térreo das câmaras municipais e eram controladas pelo poder público vigente. Eram utilizadas para recolher desordeiros, escravos fugitivos e acusados à espera de julgamento e conseqüente sanção. Não eram rodeadas por muros e os encarcerados conservavam contato com as pessoas que transitavam pela localidade, e por meio de grades, auferiam esmolas, alimentos, roupas, além de informações.

Assim, as prisões, marco do direito estatal de penalizar, tiveram diversas utilidades quanto a sua instituição no Brasil, uma vez que serviram como alojamento de escravos e ex-escravos, foram utilizadas como asilo para menores e crianças que viviam nas ruas, também como hospício ou casa de abrigo de doentes mentais e, ainda, como forte para conter os inimigos políticos.

A alusão inicial à prisão no Brasil foi concebida no Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, que era um Código Legislativo Português aplicado durante o período Colonial no Brasil. O referido *codex* instituía a Colônia como presídio de degenerados. As penalidades baseavam-se na brutalidade das sanções corpóreas e na ofensa aos direitos do acusado. Inexistindo uma proporção entre os crimes praticados e as penas impostas, se sobressaía a pena de morte aliada à crueldade.

A Carta Régia de 1769 já mencionava a instalação da primeira prisão brasileira, a Casa de Correção do Rio de Janeiro.

Após a Proclamação da Independência, é promulgada a primeira Constituição da República em 1824, apresentando artigos relativos aos direitos e liberdades individuais, e determinando que as prisões tivessem réus separados de acordo com a natureza do crime e a pena, e que cadeias fossem adaptadas para que os condenados pudessem trabalhar.

Assim, introduzia novos padrões que resultaram numa vultosa transformação do sistema penal vigente, intensificando as ideias de uma legislação penal que

atendesse as inovações trazidas pela justiça, o que ensejou na promulgação do Código Criminal do Império de 1830.

Entretanto, a realidade carcerária do início do século XIX, na totalidade das prisões, revelava, além do descaso público, tratamentos subumanos que apontavam para a exclusão da cidadania dos detentos. Mesmo assim, na teoria, procurava-se chegar a um modelo de enclausuramento perfeito, com uma visão utópica das metas que deveriam ser atingidas pelo modelo prisional, tais como: a redução da criminalidade, da pobreza e da insanidade social; transformar a índole dos presos; prevenir as práticas delituosas e reforçar a segurança.

O Código Criminal de 1830 continha em seu bojo ideias de justiça e equidade, influenciadas pelos preceitos iluministas, demonstrando uma clara preocupação com os direitos e as condições do apenado, estabelecendo que a prisão devesse desprender do referencial de tortura e crueldades, e passar a propor um modelo de reestruturação moral e cívica do condenado. O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 conferiu às Assembleias Legislativas provinciais o direito de construir casas de prisão, trabalho e correção com seus regimes relativos.

Destarte, o Código Criminal do Império previa duas espécies de penas – a prisão simples e a prisão com trabalho – alterando a permanência de ambas de acordo com a penalidade aplicada, que poderia variar de uma reclusão de apenas alguns dias até a prisão perpétua. Ressalta-se que a pena deveria ser executada nos estabelecimentos mais contíguos do local do crime, como forma de atenuar a solidão do preso em relação à família.

Saliente-se que o artigo 49 do Código Criminal estabelecia que, enquanto não houvesse condições necessárias para o cumprimento da pena de prisão com trabalho, esta deveria ser substituída pela de prisão simples, acrescentando-se, em tal caso, a sexta parte do tempo da penalidade imposta. Houve dificuldade na implementação dessa modalidade prisional, haja vista que grande parte dos edifícios dos presídios apresentava características modestas, não admitindo a efetivação do mencionado sistema inovador. Tratava-se de habitações alugadas e sem acomodações próprias, o que embaraçava o espaço de oficinas de trabalho para os encarcerados.

Apesar desse progresso, perdurou a pena capital em determinados casos, como por exemplo, na ocorrência da prática de homicídios ou graves ofensas perpetrados pelos escravos em detrimentos de seus senhores.

O Código Criminal de 1830 disciplinava onze espécies de penas: a pena de morte; as galés (penas muito severas, temporárias ou perpétuas); a prisão com trabalho; a prisão simples; a pena de banimento; o degredo (obrigando os réus a residirem, por tempo e local indicado em sentença, sem poderem sair dele); o desterro (obrigando os réus a saírem do local onde este tenha praticado o delito, durante o tempo determinado em sentença); multa; suspensão de emprego; perda do emprego; e os açoites em escravos (exigindo a fixação de seu quantum na sentença, não podendo o condenado sofrer mais que cinqüenta por dia).

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 193-194) observam:

O Código Imperial apresentou um texto retributivo, marcado pelo pensamento contratualista de seu tempo, ainda que apresentasse ideias de *Bentham*. Seu sistema de "penas fixas", tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento Francês da Revolução. Uma de suas mais importantes contribuições está na maneira como regulava a multa, que era estabelecida de acordo com o sistema do dia - multa com uma grande analogia com aquele que, no presente século, se conhece como "sistema nórdico".

Diante da abolição da escravatura no ano de 1888, o legislador viu a necessidade de reformar o mencionado código, em detrimento do seu desafino com o novo contexto social, evidenciando inviável sustentação daquela legislação.

Após a Proclamação da República em 1889, foi promulgado em 1890 o Código Penal que veio substituir o Código Criminal do Império. Considerando que não havia mais penas perpétuas e coletivas, limitando-se a penas privativas de liberdade por no máximo trinta anos, o aludido Código Penal estabelecia as penas de: prisão celular, aplicada a quase todo aglomerado de delitos e a algumas contravenções, consistindo no isolamento do indivíduo, com a obrigatoriedade do trabalho, havendo a probabilidade de transferência para colônia agrícola; banimento, onde ocorria a privação dos direitos de cidadão do acusado e a sua proibição permanente de residir no território do Império, sendo esta pena posteriormente abolida pela Constituição de 1891; reclusão, onde era aplicada para alguns crimes políticos, também chamada de custódia honesta, sendo executada em estabelecimentos militares; e, prisão com trabalho obrigatório, executada nas colônias agrícolas ou em presídios militares, erroneamente denominada de pena restritiva de liberdade, que sucedeu a pena celular até 1911.

Destaque-se, ainda, a existência das espécies de penas no Código Penal de 1890: a prisão disciplinar, aplicada aos menores de 21 (vinte e um) anos e executada em unidades industriais especiais; a interdição, que suspendia todos os direitos políticos e conseqüentemente gerava a perda da totalidade da ocupação eletiva, temporária ou vitalícia, emprego público federal ou estadual e das referentes vantagens e vencimentos; a pena de suspensão e a perda de emprego público; e a pena de multa.

Através do projeto apresentado por Alcântara Machado, em 1940 foi promulgado o Código Penal que se encontra em vigor hodiernamente, entretanto com várias modificações, reformas e adaptações ao cenário atual, trazendo progressos nas condições dos presídios, como a luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos dos detentos, ainda rudimentar.

Muito embora houvesse diversas tentativas para reformar o Código Penal de 1940, esta somente veio a ocorrer em 1984 com a reforma da sua parte geral, tendo por alicerce o princípio *nullum crimen sine culpa* e anseios de restauração dos remotos institutos de aplicação da pena, trazendo um sentido mais humanitário ao Código Penal uma vez que primou pelo respeito à dignidade da pessoa preso. Corroborando com esse pensamento, Rogério Greco (2010, p. 464) preleciona:

Hoje, percebe-se haver, pelo menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos. Vários pactos são levados a efeito por entre as nações, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, buscando afastar de todos os ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis. Cite-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, três anos após a própria Constituição ONU, que ocorreu em 1945, logo em seguida a Segunda Grande Guerra Mundial, em que o mundo assistiu, perplexo, ao massacre de, aproximadamente, 6 milhões de judeus pelos nazistas, com a prática de atrocidades tão desumanas como aquelas referidas no início deste capítulo por Michel Foucault ou, quem sabe, talvez piores.

Aliada a esta mudança da parte geral do Código Penal, ocorreu a promulgação da Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984, a Lei de Execuções Penais, que regulamenta especificadamente a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança, trazendo diversas garantias aos detentos e disciplinando a forma de cumprimento das penas.

## 2.3 ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

Apesar dos avanços implementados ao direito penitenciário, com a aplicação na esfera dos direitos e garantias fundamentais dos apenados, o sistema prisional brasileiro ainda apresenta algumas características assemelhadas à época dos suplícios.

É notório que o atual sistema carcerário ainda necessita sanar as diversas deficiências dominantes, como por exemplo, os casos de maus tratos verbais ou de fato nos presídios, sejam dos próprios detentos mutuamente ou na hipótese de repressão dos agentes públicos; a superlotação carcerária, o que leva a diminuição de atividades que devem ser proporcionadas pelo sistema penal; a falta de higiene; as condições precárias de trabalho, o que pode constituir uma inadmissível exploração dos encarcerados ou ócio completo; as deficiências no serviço ambulatorio e medicinal; o regime alimentar insuficiente; o alto índice de consumo de substâncias entorpecentes, inclusive, havendo comando de tráfico de drogas dentro dos presídios; frequentes casos de abusos sexuais; e o ambiente favorável à violência. Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 29) preleciona que:

Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessário a sua efetiva implantação.

No que tange a superlotação do sistema carcerário brasileiro, vislumbra-se que este perpassa por um período de explosão demográfica carcerária, fator comprovado por um levantamento estatístico recente realizado pelo Ministério da Justiça, em junho de 2012, apontando que o Brasil ocupa o quarto lugar, a nível mundial, em número de detentos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Iranilton Trajano da Silva (2013) explica que, conforme números estatísticos de junho de 2012, publicado pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, Órgão vinculado ao Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira é de 549.577 presos. Desse total, 508.357 estão no sistema penitenciário, sendo 476.805 homens e 31.552 mulheres e 41.220 nas Delegacias, sendo 36.733 homens e 4.487 mulheres. Do total da população carcerária do Brasil, 191.024, ainda são provisórios, cuja cifra é distribuída entre 180.038 homens e 10.986 mulheres, representando, aproximadamente 37% da população carcerária

O problema encarado é bem mais delicado do que se imagina, pois os infratores, mesmo encarcerados, ainda conseguem comandar o crime de dentro dos estabelecimentos prisionais, e quando alcançam a liberdade levam consigo os ensinamentos das mais diferentes espécies de crimes.

Vê-se que nem mesmo os muros das prisões são suficientes para sanar, por exemplo, o mal do tráfico de drogas. Já é costumeiro observar que os traficantes, mesmo detidos em penitenciárias, conseguem organizar o tráfico realizado nas cidades com o intermédio de algumas autoridades coniventes e a ausência de um combate eficaz através do poder público.

Até dentro dos próprios presídios o tráfico encontra-se presente, episódio comprovado quando realizadas as vistorias, em que são apreendidos várias drogas, que muitas vezes são trazidas por familiares dos detentos, e vários armamentos, auferidos da mesma forma ou confeccionados pelos próprios detentos com materiais que encontram em suas celas.

Destaque-se, ainda, que as rebeliões e as fugas são fatos contumazes nos presídios brasileiros, embora algumas vezes não sejam de conhecimento notório. As facções criminosas estão intimamente ligadas à organização dessas rebeliões e fugas nas prisões, realizadas em um determinado, ou em múltiplos estabelecimentos prisionais simultaneamente.

Caracterizando uma demonstração de total insolência com as normas e as autoridades do país, os delinquentes encontram-se cada dia mais preparados para por em prática suas ações criminosas, à medida que o poder público se apresenta incapacitado para encarar eventuais infortúnios como estes mencionados.

O que se percebe é que a situação do sistema carcerário ainda é caótica. Nos estabelecimentos prisionais, especificadamente, a superlotação embaraça as ações direcionadas ao progresso do cumprimento da pena sob as diversas vertentes. No momento em que uma unidade prisional se encontra além da capacidade populacional, involuntariamente coloca-se em risco a segurança, ponto de extrema importância e que merece toda a atenção.

Outro ponto de destaque é a desorganização da população presidiária no que concerne ao grau de periculosidade, isto é, apenados de elevada periculosidade cumprem pena juntamente com outros detentos de periculosidade média ou baixa. Deste modo, diante da necessidade de se preservar a segurança em níveis máximos, muitos detentos perdem algumas chances de que só seriam viáveis em estabelecimentos com níveis de segurança menores.

Tem-se observado que em várias unidades prisionais do país, os detentos que possuem um grau de periculosidade mais relevante ou maior envolvimento com a criminalidade, conseguem subjugar e manejar o restante dos presos da unidade, influenciando-os de forma negativa, transformando, assim, as unidades prisionais em verdadeiras “faculdades do crime”.

Ademais, essa minoria, algumas vezes, oferece resistência às tentativas de reabilitação apresentadas pela administração pública, como por exemplo, a escola, dentre outros tipos de projetos. Acompanhado de toda essa problemática, ainda nos deparamos com outra deficiência: a insuficiência de servidores capacitados. A ausência de pessoal capacitado acaba gerando um grande entrave no incremento dos trabalhos imperiosos para a ressocialização do detento.

No momento em que a execução penal passou a adquirir evidência nos estudos da ciência criminal das penas, dando importância à execução da pena privativa de liberdade, não só com o escopo puramente retributivo e preventivo, mas também, com a finalidade primordial de reintegrar o apenado no meio social, é que se origina na esfera científica a autonomia do direito penitenciário como o conjunto de normas jurídicas concernentes ao tratamento do acusado e a maneira de execução da pena privativa de liberdade, abarcando, portanto, o regulamento penitenciário.

#### 2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS DETENTOS E SUA PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Evidentemente, no Estado Democrático de Direito, quando se refere ao cumprimento de uma penalidade privativa de liberdade, isso não poderá implicar na perda ou minimização dos direitos fundamentais do sentenciado.

É claro, também, que existem direitos e deveres recíprocos entre o preso e a administração pública. Mas o que não se deve perder de vista é que ao encarcerado são garantidos todos os direitos não afetados pela sentença penal condenatória, e seus direitos fundamentais, intrínsecos a todos os cidadãos, somente poderão ser restringidos de forma excepcional, nos casos expressamente dispostos na legislação, quando esta restrição for indispensável ao alcance dos fins e valores colimados pela Carta da República.

Saliente-se que a Lei de Execução Penal antevê expressamente as hipóteses em que os direitos dos detentos podem sofrer algum tipo de mitigação nos estabelecimentos prisionais.

Durante o período de execução penal, são asseguradas aos presos, em inúmeros estatutos legislativos, diversas garantias legais. Pelo fato de estar privado de sua liberdade, implica dizer que o indivíduo preso depara-se com uma circunstância especial que leva a uma restrição dos direitos previstos na Constituição Federal e nos demais regulamentos legislativos, porém isso não implica dizer que perde, além da liberdade, o status de pessoa humana e a qualidade de titular dos direitos não alcançados pelo ordenamento jurídico.

Hodiernamente, em nível mundial, esses direitos encontram-se consagrados em diversas convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da Organização das Nações Unidas, trazendo em seu bojo as Regras Mínimas de Tratamento dos Presos.

No que tange aos direitos humanos atinentes aos presos, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, adotados pelo Brasil, e que foram instituídas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, ocorrido em Genebra no ano de 1955, e seguido pela Resolução 663 CI (XXIV) de 1957 da ONU, traz previsão a respeito dos direitos dos detentos. As observações preliminares 1 e 2 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros de 1955 instituem que:

1. O objetivo das presentes regras não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados - os princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros.

2. É evidente que devido a grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo, todas estas regras não podem ser aplicadas indistintamente em todas as partes e a todo tempo. Devem, contudo, servir para estimular o esforço constante com vistas à superação das dificuldades práticas que se opõem a sua aplicação, na certeza de que representam, em seu conjunto, as condições mínimas admitidas pelas Nações Unidas.

Do mesmo modo, o Pacto de São José de Costa Rica prevê regras de proteção aos direitos dos presos, estabelecendo, no item 4 do seu artigo 5º, que “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”.

Ademais, guiando pela órbita trazida pelas Regras Mínimas da ONU, a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Segurança Criminal e Penitenciária (CNPCCP) reforçou os direitos dos presos e as garantias de tratamento assistencial ao recluso durante todo o período de execução da pena, garantindo, ainda, ao egresso sua reinserção no meio social de maneira saudável.

No âmbito nacional, a Constituição da República dispõe de diversos incisos do art. 5º que disciplina os direitos fundamentais dos presos. A Lei de Execuções Penais, por sua vez, nos seus artigos 41, 42 e 43, trata dos direitos infraconstitucionais do apenado no transcurso da execução da pena.

Sabe-se que o estatuto de execução penal apresenta-se como um dos mais avançados e democráticos vigente, baseando-se na concepção que a execução da pena privativa de liberdade deve se embasar no princípio da dignidade da pessoa humana, e que qualquer espécie de sanção dispensável, humilhante ou desumana estaria indo em desencontro ao princípio da legalidade.

A Constituição Federal de 1988 consagra direitos e garantias fundamentais de forma inovadora, inclusive prevendo em seus artigos a promoção dos direitos e garantias dos presos. Os direitos civis, políticos e sociais estão previstos desde o seu preâmbulo.

Contudo, estas garantias não estão adstritas àquelas previstas na Carta Magna, ante a disposição do artigo 5º, §2º da CF, que admite a aplicação dos direitos e garantias fundamentais decorrentes de princípios, leis ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Contatam-se, pela leitura do texto constitucional, que aos presos são assegurados diretamente os seguintes direitos: direito à vida (art. 5º, caput da CF);

direito à integridade física e moral (art. 5º, incisos III, V, X e XLIX, da CF); direito à propriedade, seja material ou imaterial, ainda que não possa exercer temporariamente alguns dos direitos intrínsecos ao direito de propriedade (Art. 5º, XXII, XXVII, XXVIII, XXIX e XXX); direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (art. 5º, incisos VI, VII, e VIII, da CF); direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicos (art. 5º, inciso XII da CF); direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos e contra ilegalidades ou abusos de poder (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF); direito à expedição de certidões requeridas às repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b”, e inciso LXXII, alíneas “a” e “b”, da CF); direito à assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, da CF); presunção de inocência nos incidentes de execução (art. 5º, inciso LVII, da CF); e direito a indenização por danos morais em face de erro judiciário ou por privação de liberdade além do tempo fixado na sentença (art. 5º, inciso LXXV, da CF).

Além disso, ainda são assegurados constitucionalmente aos presos no art. 5º, incisos L, LXII, LXIII e LXIV, outros direitos, tais como: às presidiárias são asseguradas condições para que possam permanecer dignamente com seus filhos durante o período de amamentação; direito a comunicação imediata da prisão, de qualquer pessoa e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; informação ao preso de seus direitos, dentre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado; e o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Naturalmente, esses mencionados direitos dos presos (sejam eles provisórios, condenados ou internados) com eficácia e aplicabilidade imediata, devem ser respeitados pelo Estado, não podendo ser minimizados a simples normas programáticas ou cartilha de desígnios protetivos dos direitos humanos, posto que se encontram sistematizados em nosso ordenamento jurídico, seja na Carta Magna, no Código Penal, na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) e nas leis e tratados internacionais, sendo imperioso sua integral observância.

Ademais, a Constituição da República, no art. 5º, inciso XLVIII, ainda institui que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a

natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Referida garantia encontra-se expressamente disposta no art. 82, § 1º, da Lei de Execuções Penais.

A Lei de Execuções Penais (LEP), Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, promulgada pelo então Presidente da República João Batista de Oliveira Figueiredo, no período de transição do governo militar para a presente democracia, é a norma que rege e que fornece as diretrizes para a efetivação das disposições de sentença ou decisão judicial, como determina seu art. 1º, formando-se como requisito da execução, a presença de sentença penal condenatória. Tem como objetivo traçar meios que possibilitem que a execução da pena atinja a integração social do apenado, uma vez que é adotada a teoria mista ou eclética que tem por finalidade a prevenção e humanização da pena, pois como assevera Cesare Beccaria (2007, p. 20), “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”.

Sobreveio uma natural evolução do pensamento humano em meio a tantas transformações na sociedade, principalmente, voltada ao princípio da humanidade da aplicação da pena, vislumbrando a fase executória como aquela basilar a reeducação e ressocialização do infrator, inserindo-o novamente no meio social. Corroborando com este pensamento Mirabete (2008, p. 62) discorre que:

Superada a fase histórica em que a pena era tida apenas como retribuição ou prevenção criminal, passou-se a entender que sua finalidade precípua, na fase executória, era a de reeducar o criminoso, que dera mostras de sua inadaptabilidade social com a prática da infração penal. Surgiram assim os sistemas penitenciários fundados na ideia de que a execução penal deve promover a transformação do criminoso em não criminoso, possibilitando-se métodos coativos para operar-se a mudança de suas atitudes e de seu comportamento social.

Sendo a reabilitação social a finalidade precípua da execução penal, é dever do Estado oferecer serviços de assistência aos encarcerados que a tornem possível. O que a Lei de Execuções Penais preceitua é que a assistência a todos aqueles que se encontram recolhidos em estabelecimentos prisionais seja cada vez mais alargada, com a finalidade de conter toda e qualquer forma de tratamento discriminatório, e conseqüentemente proteger o princípio da dignidade da pessoa humana.

É previsto nas Regras Mínimas para o tratamento do preso da ONU, nº 59, que, para a obtenção dessa reinserção social, o sistema penitenciário deve utilizar,

de acordo com a necessidade individual de assistência do condenado, “todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e de todas as formas de assistência de que pode dispor”. Assim, as medidas assistenciais que, por direito, devem ser destinadas a todos os presos ou internados em estabelecimentos penais, estão listadas no artigo 11 da LEP e classificadas em material, à saúde, jurídica, educacional, social, e religiosa, em consonância com os princípios e mandamentos internacionais sobre os direitos e garantias dos indivíduos encarcerados.

Ressalte-se, porém, que tendo em vista a infinidade de percalços enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, aqui já apontados, essas ações assistenciais tornam-se muitas vezes limitadas, e nem sempre é possível a sua efetiva realização. Como bem pondera Mirabete (2008, p. 66):

A assistência material, moral e social ao preso, excetuada aquela indispensável à subsistência e dignidade humana do preso, estará sempre condicionada às possibilidades materiais e humanas do Estado. Por motivos de ordem inclusive moral, não se pode pretender que a execução da pena privativa de liberdade esteja inapelavelmente subordinada à realização das ambiciosas tarefas de assistência mencionadas na Lei de Execução Penal quando o Estado não estiver devidamente aparelhado para enfrenta-las. Nessa parte, sobreleva o interesse social de que as penas impostas sejam executadas, nos limites reais das possibilidades da Administração, ainda que não cumprindo os deveres instituídos pela lei.

No que tange aos direitos propriamente ditos dos presos, provisórios ou definitivos, instituídos na legislação em comento, o ponto de partida dá-se no artigo 40 que traz a baila o respeito, por parte de todas as autoridades, à integridade física e moral dos presos condenados e provisórios.

Ademais, em seu artigo 41, essa legislação executória penal elencou outros direitos e garantias fundamentais àqueles que estão sob a responsabilidade estatal, quais sejam: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de

tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; 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; e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente.

Destaque-se, ainda, a previsão do direito do maior de sessenta anos de idade e da mulher de permanecerem em alojamento prisional adequados a sua condição peculiar; o direito das mulheres em período de amamentação de estarem presas em estabelecimento que contenha berçário para seus filhos; o direito de todos os sentenciados de cumprirem pena em cela individual, com dimensão mínima de seis metros quadrados, dispendo de dormitório, lavatório e aparelho sanitário, com qualidade de salubridade condigna à condição humana.

Inequivocamente, é certo que além dos direitos expostos acima existem outros, interligados a determinadas circunstâncias previstas no texto legal, tais como a remissão; a permissão de saídas; a suspensão condicional da pena; o livramento condicional; a progressão de regimes durante a execução penal; dentre outros.

Reza a doutrina que com a aplicabilidade de todos os direitos acima expostos, a pena cumpriria a sua função social e alcançaria um de seus objetivos primordiais que é a ressocialização, conquanto a motivação de trabalhos de cunho profissional, intelectual e religioso, auxiliaria o condenado a refletir sobre seu comportamento e com o término de cumprimento da pena, estaria apto a conviver em sociedade.

Vale destacar, que a Lei nº. 7.210/84 expõe como estabelecimentos penais: a penitenciária, reservada aos condenados a pena de reclusão, em regime fechado; a colônia agrícola, industrial ou similar é destinada àqueles que cumprem pena de reclusão ou detenção em regime semiaberto; a casa do albergado reservada ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e a pena restritiva de direito de limitação de fim de semana; centro de observação, estabelecimentos designados à efetivação de exames gerais e criminológicos; o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico apropriado a doentes mentais e a portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado; cadeias públicas utilizadas para alojar os presos provisórios e os condenados no período em que ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado.

### **3 DO TRATAMENTO DIGNO, DA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO SENTENCIADO E DA SEGURANÇA PÚBLICA**

Da análise da situação do condenado encarcerado, vislumbra-se uma evolução do pensamento que aponta ao reconhecimento desses indivíduos não mais como objetos, porém como sujeitos de direitos e deveres, que fazem parte de uma relação jurídica junto com a administração prisional, sendo imperioso um controle jurisdicional dessa execução. Origina-se, daí, a obrigação de substituir o comando do cumprimento da sanção penal ao poder discricionário da administração para a implementação de uma relação jurídica entre o Estado e o sentenciado.

Do direito-dever do Estado de ordenar àquele a quem foi aplicada uma determinada sanção que a ela se submeta, surge, conseqüentemente, a obrigação do sentenciado de cumprir a pena. Entretanto, desdobra-se dessa obrigação uma gama de direitos individuais do sentenciado, na qual, diversas vezes, contraditam aos contornos do direito estatal de punir.

Assim, necessário se faz, analisar os princípios que regem a execução penal, bem como, os da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da correspondência e da ordem pública.

#### **3.1 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL**

A execução penal é norteada por princípios aplicáveis a todas as fases do cumprimento da pena imposta. Nas palavras de Renato Marcão (2012, p.33), “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes”. Alguns destes encontram correspondência com a Lei Maior, bem como em vários outros ramos da Ciência Jurídica. Segundo grande parte da doutrina, apresentam-se como princípios informadores da Execução da Pena, dentre outros: legalidade; isonomia; personalização da pena; proporcionalidade das penas; jurisdicionalidade; vedação ao excesso da execução; princípio reeducativo; princípio da dignidade da pessoa humana ou da humanidade.

Os princípios referentes ao Direito da Execução Penal, conforme ensina José Eduardo Goulart (1994, p. 86), compõem "proposições de valor geral, que operam como condicionantes e orientadores de sua compreensão, especialmente, no que respeita à sua aplicação". Além disso, o autor complementa afirmando que os princípios "atuam no sentido de iluminar suas bases e fundamentos e, por igual, orientam sua aplicação e o sentido de sua compreensão".

O princípio da legalidade está expressamente previsto pelo artigo 3º da Lei de Execução Penal, *caput*, a saber: "Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Esse princípio é aplicável ao preso definitivo, bem como ao preso provisório. Refere-se não apenas a legalidade do Código Penal enquanto regulador do sistema criminal como um todo, mas da execução penal e sua legislação específica. Atua como garante dos direitos e deveres do sentenciado. Ademais, o Código Penal, acolhendo o texto constitucional, prescreve em seu artigo 1º que: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Quanto à isonomia ou igualdade, também encontra na Lei de Execução Penal previsão expressa, no parágrafo único do artigo 3º: "Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política". Todavia, no que tange a execução da pena, a igualdade é relativizada, posto que para maior efetividade da aplicação da pena devem ser consideradas certas características do apenado, como, por exemplo, a idade (presos com mais de 70 anos têm direito a prisão domiciliar), o sexo (homens e mulheres devem ser mantidos em unidades diferentes), e, ainda, condições peculiares como a gravidez (a apenada grávida tem direito de ser recolhido em alojamento adequado, inclusive, para após o parto amamentar o filho até os seis meses).

No que tange a personalização da pena, também denominado de princípio da intranscendência, detrai-se da legislação especial (Lei nº. 7.210/84, alterada pela Lei nº. 10.792/03) que devem ser observadas as características do apenado, bem como da infração praticada para que, a partir de tal análise, seja feita a individualização da pena. Frederico Santana (2009, p. 18) indica que os artigos 5º e 6º da LEP evidenciam a adoção do princípio da Personalidade pelo legislador. A pena imposta não pode passar da pessoa do condenado, e devendo-se ser executada considerando a sua culpabilidade, personalidade e seus antecedentes. A Constituição consagra este princípio no inciso XLV do seu artigo 5º, firmando que

“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Como extensão do princípio da personalidade da pena, nasce o princípio da proporcionalidade das penas, que busca determinar a correlação existente entre a classificação do condenado, a análise do fato ocorrido, e a forma que a execução penal mais adequada, como determina o artigo 5º da Lei nº 7.210/84 e o item 26 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Observa Ada Pellegrini Grinover, citada por Nucci (2008, p. 1013), que:

Sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas.

Já referente à jurisdicionalidade, é considerada mera inferência da vedação de afastamento do Poder Judiciário. Portanto, toda decisão no que tocar a execução da pena deve ser previamente apreciada pelo magistrado competente, cabendo à autoridade administrativa decidir sobre questões secundárias, tais como a disposição de horários para o banho de sol, os dias de visita, entre outros. Frise-se que qualquer decisão administrativa pode ser revista junto ao Poder Judiciário.

Percebe-se que ao magistrado competente pela execução incube diversas funções dentro desse processo, que estão dispostas nos incisos do artigo 66 da Lei nº. 7.210/84. Do princípio da jurisdicionalidade decorrem outros princípios, ou subprincípios, com a mesma hermenêutica e efetividade, com o fito de assegurar às partes o cumprimento dos mandamentos da aludida legislação, como o princípio do devido processo legal, princípio da vedação do excesso de execução e o princípio da coisa julgada.

O princípio da vedação ao excesso de execução é reflexo do princípio do respeito à coisa julgada, insculpida no texto constitucional no seu artigo 5º, inciso XXXVI. Deveras, da análise do art. 1º, da Lei de Execução Penal, extrai-se que o objetivo da execução penal consiste em efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, não se admitindo qualquer ato que seja concretizado no âmbito da execução fora dos limites impostos na decisão, sob de pena de ofensa ao título executivo coberto da autoridade da coisa julgada. Ademais, a lei em comento ainda

impõe no seu art. 185 que “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

O princípio reeducativo é característico da execução penal, posto que a reprimenda, segundo o ordenamento pátrio, objetiva não só a punição, mas também a ressocialização do condenado, tanto é que logo no primeiro dispositivo da Lei nº 7.210/84, o legislador previu que a execução tem por finalidade “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Para tanto, a LEP, em seu artigo 11, prevê uma série de assistências que devem ser prestadas ao apenado, para garantir a possibilidade de reinseri-lo no meio social. Assim, são asseguradas as assistências: material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa. Reza a doutrina que uma vez alcançada à aplicação integral do artigo 11 da Lei da Execução Penal se torna possível a efetiva reinserção social do sentenciado.

Do princípio da dignidade da pessoa humana emerge o princípio da humanidade das penas, que é responsável por vedar as penas de morte, de caráter perpétuo, castigos cruéis e/ou excessivos. Sua consagração se deu ao longo da evolução do próprio Direito Penal, através da reivindicação por castigos mais brandos, quando a pena de morte era largamente difundida, a prisão foi objetivada como aplicação da pena em si, e não mero período de custódia. A partir do momento em que a prisão foi considerada o castigo propriamente dito, a sociedade pleiteou condições mais dignas para o cumprimento de pena durante a privação da liberdade.

A Carta Magna vigente em nosso território, em seu artigo 5º, incisos III, XLVII e XLIX, prevê expressamente a vedação à tortura, bem como aos tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos; e, por fim, proíbe a pena de morte, sendo a única exceção, para este caso, a hipótese de guerra declarada, nos termos do Código Penal Militar Brasileiro.

Assim, pelo princípio da humanidade, em consonância com o princípio reeducativo e o princípio da individualização da pena, a pena será executada de forma progressiva, nos termos descritos no artigo 112 da LEP, havendo a transferência do preso para o regime imediatamente mais brando, após cumprido o *quantum* mínimo de um sexto da pena remanescente no regime atual de cumprimento de pena.

Essa progressão será determinada pelo magistrado da Vara Execução Penal, ouvido o Ministério Público. Além do tempo, requisito objetivo, o apenado deve ostentar bom comportamento carcerário, requisito subjetivo, comprovado através de declaração fornecida pela direção da unidade prisional na qual se encontra cumprindo sua reprimenda.

### 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional representa uma evolução no ideal jurídico mundial que se atrela a uma visão mais humanista, ficando obsoleta a ideia de Estado enquanto fim em si mesmo.

É ela, a dignidade, o valor fundamental de todo o sistema constitucional, o centro do sistema e o guardião dos direitos individuais, sendo imprescindível destacar que a dignidade da pessoa humana é identificada como uma evolução da razão ético-jurídica, resultado da reação às atrocidades já ocorridas na história da humanidade.

Com relação à trajetória constitucional brasileira, marcado por um período conturbado e um cenário político que por muito tempo se apresentou sob a submissão de governos ditatoriais de raras atenuações, somente amparou e positivou formalmente o ideal da dignidade da pessoa humana com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988.

Assim, somente após a promulgação desta é que a dignidade da pessoa humana ganhou status de “supraprincípio constitucional”, elevando-se a uma espécie superlativa no ordenamento pátrio, na categoria de norma jurídica fundamental, denotando a sua superioridade hierárquica no sistema brasileiro, passando a incidir de forma peculiar e diversa sobre os demais princípios insertos na Constituição da República.

Porém, o recente movimento de sua positivação na óptica constitucional teve início, mesmo que implicitamente, desde o constitucionalismo do século XVIII, devido a sua notória importância de ser reconhecido expressamente para o alcance do ideal trazido por tal princípio.

Assim esclarece Álvaro Rodrigues Junior (2009, p. 50):

A noção de dignidade da pessoa humana é um dado anterior e superior à ordem legislativa. Não se trata de norma básica como hipótese e/ou ficção no sentido do normativismo lógico-transcendental da teoria pura do Direito de Kelsen, mas sim, de fundamento prévio, devidamente reconhecido pela Constituição. Repita-se: não criado pela Constituição, mas sim por ela assegurado.

Com efeito, o conceito de dignidade passou a ser elaborado no decorrer da história, chegando ao século XXI como um valor supremo, valor próprio identificador do ser humano como tal, erigido pela razão jurídica. Passou-se a enxergar a dignidade como um atributo inerente à essência da pessoa humana para o pleno exercício dos seus direitos, surgindo desde o nascimento desta. Seguindo esse raciocínio, Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré (2010, p. 51) ensinam:

A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa: ou que não quer respeitar os homens como pessoas, ou lhes nega o título de pessoas, ou considera o conceito de pessoa como supérfluo e inadequado para caracterizar algo.

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, entende-se que o Estado existe em função da pessoa humana e não esta em função daquele, posto que o ser humano constitui o fim precípua do Estado Democrático de Direito, e não meio da atividade estatal. Portanto, o Estado, tomando por base que cada pessoa como fim em si mesmo ou como meio para alcançar seus desígnios, ao praticar qualquer ação deve analisar esta sob o crivo do princípio da dignidade da pessoa humana, evitando entrar no linear da inconstitucionalidade, consistindo elemento indispensável da atuação estatal.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com

os demais seres humanos.

Mister se faz salientar que, num conflito entre Estado versus indivíduo, nem sempre deve-se privilegiar este. Posto que, para a resolução de tais lides precisa-se analisar o limite de atuação da garantia da dignidade da pessoa humana, isto é, a dignidade só é garantia absoluta se não macular outra garantia. Interessante a observação de Ingo Sarlet (2007, p. 48) afirmando que “para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo épico, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”.

Tratando-se de processo penal, isto é, a positivação do *jus puniendi* Estatal em confrontação com o *jus libertatis* do cidadão, é necessária que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o que edificou a dignidade da pessoa humana a preceito constitucional, inserindo-o como fundamento do Estado Democrático de Direito, sirva com norte à atividade estatal.

Alexandre de Moraes (2010, p. 22), instrui que o princípio em análise:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa humana pode ser destrinchada em dois aspectos: um positivo e um negativo. No aspecto positivo, tem-se como parâmetro a presunção do absoluto desenvolvimento de cada indivíduo, onde, de um lado, considera-se a total autodisponibilidade, sem intervenções ou empecilhos exteriores das possibilidades, de atuação própria; e de outro lado, a autodeterminação brotada da livre proeminência evolutiva da razão humana anterior à predeterminação oferecida pela natureza. Por vez, o aspecto negativo, denota a vedação de ofensas e humilhações à pessoa humana, assegurando a integridade física e espiritual do indivíduo como característica intrínseca e irrenunciável da sua personalidade independentemente responsável em relação aos outros indivíduos, ao Estado e às demais entidades

públicas. Comprovando o aspecto negativo, o texto constitucional dispõe, que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, CF).

Destarte, percebe-se que o supramencionado princípio constitucional encontra-se inserido no foco central do sistema constitucional, apresentando, além do caráter subjetivo, a realização das funções estruturais. Ou seja, esse fundamento labora como princípio basilar para a interpretação dos demais direitos e garantias resguardados no texto constitucional às pessoas, ocupando um status superior na ordem jurídica, vinculando os poderes públicos, bem como, significando a abertura a outros direitos fundamentais, além do burocrático processo de modificação devido aos limites materiais inerentes a própria revisão, por se tratar de cláusula pétrea, conforme preceitua o art. 60, §4º, CF.

É inaceitável um sistema processual penal que não tenha como vertente de orientação o respeito ao ideal do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser estendido a toda e qualquer pessoa, quer seja esta vítima, indiciado, réu ou condenado. O importante é que o princípio em comento seja um instrumento que propicie condições mínimas a subsistência de todo ser humano, indistintamente. Necessário se faz compreender que o processo penal é um instrumento de inclusão, e não excludente. Da mesma forma, não se pode olvidar que a pessoa humana deve ser vista como sujeito do processo, e não como seu objeto.

Deve-se abandonar essa visão errônea de que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do homem são antagônicos ao sistema penalista, e que a persecução penal é contrária a um tratamento humanitário. Na verdade, o Estado, por meio do devido processo legal, pode realizar a execução da pena, atingindo seus fins, preventivo e sancionatório, sem ofender os valores jurídico-políticos essenciais, observando ainda o caráter ressocializador da condenação e, conseqüentemente, a inclusão social do sentenciado.

Em atenção aos fins e fundamentos do Estado Democrático de Direito é importante primar pela humanização e pelo aperfeiçoamento do sistema penitenciário brasileiro, atentando-se para a ressocialização do condenado, tendo em vista que é inaceitável que durante a execução penal seja adicionado um sofrimento além do previsto legalmente e determinada em sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, a degradação do ser humano.

### 3.3 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E COMUNICAÇÕES

A gênese da concepção dos princípios referentes à liberdade ocorreu em meados do século XVIII, através das mudanças impulsionadas pela Revolução Francesa e da necessidade de melhoramento do Estado. Assim, o princípio da liberdade serviu de base para a implementação e concretização do princípio da inviolabilidade de correspondência, consagrando como um dos aspectos fundamentais da manifestação da liberdade individual e da liberdade de pensamento. A partir do século XIX, a inviolabilidade de correspondência foi elevada à categoria de garantia constitucional.

Corolário a este princípio está a garantia de livre circulação de informações pessoais e profissionais, pensamentos, ideias, sentimentos, sem o receio de que tal manifestação seja exposta em público, com a segurança de que aquela comunicação não seja de conhecimento de qualquer pessoa, que não aquela a qual a correspondência foi dirigida pelo emissor, exprimindo, também o direito à privacidade e à intimidade.

A Constituição Federal brasileira promulgada em 1824 disciplinou esse preceito fundamental no artigo 179, § 27, sendo, posteriormente, tipificada como crime pelo Código Criminal de 1830 (arts. 129, §6º, 215 e 216) a conduta que o violasse. Quanto ao Código Penal da República de 1890, este seguiu o mesmo raciocínio, apresentando dispositivos (arts. 189, 190 e 191) a penalizar eventuais afrontas a esse direito fundamental.

Essa garantia constitucional se estende à legislação penal de 1940 que comina sanção àqueles que violarem esse preceito, definindo no art. 151, *caput*, o delito de violação de correspondência: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

Registre-se, contudo, que este dispositivo do Código Penal foi revogado pela Lei nº. 6.538/78, que dispõe sobre Serviços Postais, definindo o delito no art. 40, sendo a conduta narrada no seu preceito primário de redação idêntica a do art. 151 do CP, não ocorrendo o mesmo quanto à pena a ele cominada, que prevê pena de detenção de até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa.

Analisando o núcleo dos elementos do tipo do dispositivo da legislação penal, percebe-se que *devassar* tem o significado de auferir informação, seja ela total ou parcial, dispor em aberto, tornar notório o conteúdo de correspondência lacrada, direcionadas a outrem, sem o consentimento de quem de direito, ou fora das hipóteses em que o sujeito atua amparado por uma causa de justificação. Não é necessário que a correspondência seja aberta ou danificada, bastando para a configuração do ilícito penal que o sujeito adquira o conhecimento do conteúdo da correspondência alheia. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 438):

Não é imprescindível que o sujeito leia, sendo escrita, a correspondência alheia; é suficiente que tome conhecimento do seu conteúdo, ou seja, o sujeito ativo comete o crime tanto quando abre a correspondência como quando faz sua leitura utilizando-se de aparelhagem técnica especial. Caso contrário, lembra Damásio de Jesus, o cego e o analfabeto não poderiam praticar esse crime, a despeito de, acrescentamos, abrirem e terem ciência de seu conteúdo. A lei não estabelece os meios ou formas pelos quais a correspondência pode ser violada; logo, estamos diante de crime de forma livre, e, ante o avanço tecnológico, a devassa de correspondência pode ser realizada das mais diversas maneiras, inclusive sem abrir o invólucro onde aquela se encontra (com raios de luz, raio *laser*, etc.)

A expressão “correspondência”, conforme aponta o art. 47 da Lei nº. 6.538/78, deve ser entendida como “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama”.

Deveras, o Código Penal não determina o que compreende a mencionada expressão, mas é certo que, na era das comunicações esse conceito deve ser suficientemente alargado, compreendendo todo e qualquer meio de comunicação (carta, telegrama, fax, fonograma, bilhete, torpedos SMS, fita de vídeo, e-mail, etc), desde que esteja devidamente “fechado”, comprovando o caráter sigiloso e a vontade de que o conteúdo da comunicação seja de conhecimento apenas do seu destinatário.

Tratando-se de cartas particulares, consta no Código de Processo Penal que:

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.  
Parágrafo Único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é um documento constitutivo

das Nações Unidas, criado para determinar o sentido das expressões “liberdades fundamentais” e “direitos humanos”, servindo como orientação para garantir os direitos de todas as pessoas.

O artigo terceiro do suso documento, prevê que todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Aqui, a expressão liberdade está em sua acepção mais ampla, com o intuito de tutelar o máximo de direitos possíveis. Conseqüentemente, o vocábulo “liberdade” não significa somente a liberdade de locomoção, de se fazer ou de pensar algo, compreende igualmente a liberdade individual de preservar o sigilo e a inviolabilidade das comunicações.

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe no seu artigo doze a proteção à intimidade do homem e sua liberdade individual, determinando que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O princípio da inviolabilidade de correspondência foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e encontra-se inserido no Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Seguindo a postura que vinha sendo adotada pelas Constituições anteriores, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nota-se que esta previsão legal aponta para assegurar a proteção das garantias constitucionais de intimidade, honra e dignidade da pessoa humana, tornando-se inaceitável que tais direitos fiquem a indulgência do legislador ou do juiz. Na verdade, a quebra do sigilo das comunicações denota frustrar o direito do remetente de indicar o destinatário do teor de sua manifestação.

Importante enfatizar, que o texto constitucional além de resguardar de forma expressa a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, indiretamente impede o conhecimento ilícito de seus conteúdos por outrem a qual não foi dirigida a informação.

Tratando deste princípio, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 436) observa que:

O ser humano tem, por vezes, mais que o direito, a necessidade de resguardar-se na sua intimidade, de preservar-se da curiosidade dos olhares, comentários ou ouvidos ávidos por deslindar o interior e a privacidade do semelhante. O direito à intimidade ou privacidade, que é espécie do gênero direitos da personalidade, necessita e recebe a imediata proteção jurídico-constitucional.

É evidente que há certas revelações pessoais que se reservam a continuar inacessíveis ao conhecimento de outrem, ou acessíveis apenas a um determinado sujeito ou a um grupo reduzido. Engloba-se nessa garantia de sigilo de dados o uso de informações provenientes de meios informáticos.

Seguindo a ótica do princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações, a Lei de Execuções Penais, no inciso XV, do seu artigo 41, elenca como um dos direitos do preso o “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”, salvo se for o caso de suspender ou restringir esse direito por meio de ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, assim como preestabelece o parágrafo único do mesmo artigo.

Ressalte-se que, o sistema processual brasileiro, hodiernamente elevado à categoria constitucional, veda o uso de provas obtidas por meios ilícitos, compreendidas nesse contexto aquelas obtidas por meio de violação de todo e qualquer direito e garantia constitucional, como se depreende da leitura do art. 5º, inciso LVI, da CF.

No que tange as interceptações telefônicas, o próprio inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, disciplina uma exceção para a violação das comunicações telefônicas, que é regulada pela Lei nº. 9.296/96, a depender da presença de três requisitos: “ordem judicial”; “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; ou “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

Saliente-se, porém, que no que tange a vedação à violação do sigilo postal, a Carta da República prevê expressamente no art. 136, §1º, inciso I, alínea “b” e art. 139, inciso III, algumas limitações, nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio.

Ressalte-se que, pela leitura do art. 5º, inciso XII pode-se chegar à conclusão errônea de que somente nas hipóteses de comunicações telefônicas é que haveria a possibilidade da Administração Pública quebrar o sigilo, e que essa possibilidade não se estenderia com relação às informações inseridas nas correspondências postais, telegráficas ou nas comunicações telemáticas.

Entretanto, há juristas que defendem que a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, por ausência de disposição expressa, tem caráter absoluto, admitindo-se somente a quebra do sigilo nos casos de comunicações telefônicas, em especial após a edição da Lei nº 9.296/96.

Em contrapartida, grande parte dos operadores do direito defende que o princípio em alusão é passível de relativização, afirmando que não há direitos absolutos. Nessa esteira, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 334) prelecionam:

Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e o de comunicações telefônicas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.

Tutelar o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas é, sem dúvida, um dispositivo imprescindível para atingir um dos fins do Estado Democrático de Direito. Entretanto, é indispensável observar que os direitos individuais devem ceder espaço a interesses coletivos, mais abrangentes, e que refletem em toda coletividade, o que gera uma considerável discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, conforme será abordado no próximo capítulo.

### 3.4 DA SEGURANÇA, DA PAZ E DA ORDEM PÚBLICA

A conservação da ordem pública é fundamental a existência da sociedade e a consecução de seus fins. Sabe-se que o Estado tem a responsabilidade de promover e garantir o bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe,

afastando, através de organizações próprias, todo e qualquer perigo ou dano que afete à pessoa, liberdade e patrimônio desses sujeitos. E, diante dos conflitos de interesses entre esses indivíduos, o Estado, detentor do poder-dever de preservar o bem-estar social turbado, utiliza o sistema processual para, aniquilando os conflitos, trazer de volta à sociedade a paz almejada.

É interessante observar que os crimes atentatórios dos direitos humanos vêm gerando vultosas discussões entre os juristas, destacando-se, ainda, um elevado número de cidadãos revoltosos e exigindo uma postura mais enérgica do Poder Estatal, especialmente no que diz respeito à prevenção dos ilícitos penais, com o correspondente amparo à dignidade da pessoa humana.

Assim, procura-se uma justa adequação entre o direito de punir estatal e o direito interpessoal de liberdade do indivíduo. A decisão tomada deve sempre repousar num meio termo entre o respeito às garantias fundamentais previstas na Carta Magna – como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o contraditório - com a necessidade de preservação da segurança social. Não pode haver a sobreposição de uma em detrimento da outra. Deve existir um ponto de equilíbrio em que a preservação da segurança pelo Poder Público não se torne uma medida desnecessária e injusta.

A ordem pública é o estado de convivência pacífica e harmoniosa do povo, constituindo-se dos valores jurídicos e dos princípios éticos vigentes, indispensáveis para a coexistência de uma sociedade.

José Afonso da Silva (2003, p.753,754), ao discorrer sobre ordem pública, entende que “será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

Com enfoque no escólio jurisprudencial do Recurso Extraordinário 559.646-AgR, apreciado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 07 de junho de 2011, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie, a segurança pública pode ser entendida:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

Assim, a segurança pública representa o bem comum, estampado como objetivo legítimo do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal, o que gera, por vezes, uma mitigação a liberdade individual. Isso se encontra comprovado quando o legislador constituinte de 1988 procurou resguardar, no *caput* do artigo 5º da Carta Magna que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **segurança** e à propriedade [...]” (grifo nosso).

Além disso, o artigo 6º do diploma constitucional reforça esta garantia ao prever que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso).

O conceito de segurança pública apresentado pela Constituição Federal, no seu art. 144, a define como dever do Estado, assim como direito e responsabilidade de todos os cidadãos, direcionado a preservação da ordem pública e incolumidade dos indivíduos e do patrimônio, tendo como instrumento de atuação as polícias.

Observa-se, pela leitura do dispositivo aludido, que o legislador constituinte não deixou o compromisso e a responsabilidade da segurança pública somente nas mãos do Estado, apesar de lhe atribuir o dever principal, mas a toda população, em que cada indivíduo deve zelar e procurar meios para garantir a preservação da sua segurança e do próximo. Portanto, a ordem pública deve ser estar incluída em uma acepção mais alargada, em que a cooperação e integração da sociedade sirvam de parâmetros.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado por Kildare Gonçalves de Carvalho (2008, p. 1202) esclarece que:

Na segurança pública, o que se garante é o inefável valor da convivência pacífica e harmoniosa, que exclui a violência nas relações sociais; quem garante é o Estado, já que tomou para si o monopólio do uso da força na sociedade e é, pois, o responsável pela ordem pública; garante-se a ordem pública contra a ação de seus perturbadores, e garante-se a ordem pública por meio do exercício, pela Administração, do Poder de Polícia.

Assim, a segurança pública é entendida como um estado de manutenção da ordem pública interna ou reestabelecimento da convivência pacífica e harmoniosa da sociedade, permitindo-se que todos detenham o pleno gozo de seus direitos,

podendo exercê-los sem a interferência de outrem, com exceção dos limites intrínsecos a cada um desses direitos. Trata-se da proteção dos bens jurídicos de todos os indivíduos contra os riscos e ameaças que se originam da própria relação social, havendo a prevenção e repressão dos atos considerados ilegais e lesivos aos ditames do Estado e à integridade física, moral e patrimonial dos sujeitos de direitos.

Entre os órgãos por meio dos quais a segurança pública é exercida, podemos dividir em duas classes: a polícia administrativa e a polícia judiciária. Enquanto a primeira compreende a polícia militar, responsável pela manutenção da ordem pública através da prevenção e repressão individual e coletiva, a segunda, também denominada de polícia civil, tem o escopo de averiguar o cometimento de ilícitos penais e auxiliar o Poder Judiciário na aplicação de uma repressão imediata.

Neste viés, nota-se que, a polícia tem por desígnio fundamental prevenir, manter e restaurar a segurança, a paz e a ordem pública, conservando o equilíbrio das relações sociais, assegurando aos cidadãos o exercício dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República, nos tratados e nas declarações internacionais, através de uma atividade contínua de vigilância, prevenção e repressão dos atos delituosos. Assim, o papel primordial da polícia é atender os anseios da coletividade, bem como primar pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Diante do exposto, percebe-se ser indispensável que os agentes policiais, no momento de atuação, estejam preparados para desempenhar as suas funções, respeitando os limites determinados do texto legal e resguardando os direitos dos cidadãos, afastando o uso desnecessário da força, a prática do abuso de poder e o cometimento de atos ilegais.

Destaque-se que a segurança pública é um conglomerado de ações promovidas pela polícia, que previne e repreende as práticas criminosas, juntamente com outros órgãos jurisdicionais, tais como o Ministério Público. Acrescente-se a estas ações, as políticas públicas implementadas para impulsionar a diminuição dos riscos no meio social na solução dos conflitos e no fortalecimento da cidadania, para a busca da paz social.

Ademais, tendo em vista que as atividades preventivas e repressivas dos comportamentos criminosos desaguam em restrições a alguns direitos, é necessário fazer um balanceamento, no caso em epígrafe, entre a segurança pública e o direito individual de inviolabilidade de correspondências.

## **4 O DIÁLOGO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA PERANTE O INTERESSE/NECESSIDADE SOCIAL**

A execução da pena, bem como todo o sistema processual penal, apresenta-se como uma arena de constantes conflitos de direitos e garantias fundamentais com interesses sociais notadamente sensíveis.

Diante disso, a questão da limitação das garantias constitucionais dos encarcerados é, atualmente, motivo de diversas querelas na doutrina e suscitam posicionamentos antagônicos nos Tribunais Superiores.

A questão da relativização da inviolabilidade das correspondências, especialmente no que concerne aos encarcerados, em detrimento do interesse público, ainda é geradora de fortes discussões no cenário jurídico brasileiro.

A partir daí, surge a problemática de como solucionar o conflito entre direitos que se encontram igualmente protegidos como fundamentais pela Carta Magna brasileira.

Partindo dessa premissa, cumpre destacar os principais aspectos dessas contendas, ponderando-se que no conflito entre a inviolabilidade das missivas destinadas aos presos e direito à segurança, necessariamente, deve coexistir um equilíbrio entre o direito individual e o direito da sociedade, para harmonia e estabilidade das relações.

### **4.1 DA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA**

A tutela do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas se apresenta como garantia fundamental incorporada ao Estado Democrático de Direito, consagrado como direito individual.

O sigilo das correspondências, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi alvo de fortes discussões e polêmicas.

Passando para uma análise detalhada do inciso XII, do art. 5º, da Carta da República, cumpre apresentar o corpo de dispositivo, que prevê na seguinte linha de regulação:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo, no último caso*, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O mencionado preceito constitucional é considerado norma de eficácia contida, posto que desde a sua publicação está vedado e incidência de qualquer forma de violação dessa garantia, admitindo-se, porém, que norma infraconstitucional trate da matéria e possibilite a interceptação telefônica nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, e desde que preenchidos os requisitos legais. A regulamentação infraconstitucional foi realizada pela Lei nº. 9.296/96, conhecida por Lei de Interceptação Telefônica.

Ao passo que o entendimento é pacífico no que tange a constitucionalidade da violação das interceptações telefônicas, não se pode afirmar o mesmo em relação à violação do sigilo das correspondências. Como já mencionado no capítulo anterior, da ressalva insculpida no inciso XII do artigo 5ª, da *Lex Fundamentalis*, despontam interpretações e entendimentos doutrinários antagônicos.

Os partidários da primeira corrente sustentam que o direito fundamental do sigilo a correspondência tem caráter absoluto, ficando afastado todo e qualquer tipo de exceção. São adeptos dessa primeira corrente: José Afonso da Silva; Julio Fabbrini Mirabete; Cleunice A. Valentim Bastos; Fernando da Costa Tourinho Filho; Rogério Lauria Tucci; Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes; Antônio Magalhães Gomes Filho; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins; e Vicente Greco Filho, dentre outros.

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 439), acerca do mencionado dispositivo constitucional, apresenta o seu posicionamento, *in verbis*:

A finalidade da “investigação criminal ou instrução processual penal”, mesmo por ordem judicial, só foi excepcionada para autorizar a quebra do sigilo de comunicações telefônicas. Essa exceção específica reforça ainda mais o argumento de que, para as demais formas de comunicação – correspondências, comunicações telegráficas, e de dados –, nem mesmo fins investigatórios penais autorizam a violação do sigilo constitucionalmente assegurado. O constituinte brasileiro, *a contrário sensu*, reforçou essa garantia constitucional, que assume a condição de dogma: não admite

nenhuma exceção! No entanto, nesse particular, convém destacar, desafortunadamente, os guardiões oficiais da Constituição Federal não têm sido muito diligentes nesse mister, segundo nos demonstra o cotidiano forense.

O mencionado doutrinador ainda acrescenta que, com relação à violação do conteúdo da correspondência destinada aos detentos por parte dos agentes penitenciários, esta se apresenta como “absolutamente inconstitucional”, uma vez que o preso – acobertado pelo princípio da dignidade da pessoa humana – é um sujeito de direitos e a própria Lei de Execução Penal garante-lhe, no artigo 3º, todos os direitos não atingidos pela sentença penal ou pela legislação, incluindo-se a inviolabilidade de suas correspondências.

Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 129), corroborando do mesmo pensamento, apregoa que a censura e o obstáculo ao acesso à correspondência destinada aos presos, previstos em regulamentos internos, coloca em destaque essa garantia constitucional, pois se tem afirmado a inconstitucionalidade nos casos de limitação do direito ao sigilo de correspondência.

Coadunando com o posicionamento da inviolabilidade absoluta das correspondências, Vicente Greco Filho, citado por Felipe Lima de Almeida<sup>2</sup>, assevera que:

No texto do art. 5º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão ‘no último caso’, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que ‘último caso’ corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações. A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão ‘último caso’ admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas. Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como ‘último caso’, a garantia é plena e em condicionada, aliás, segundo o princípio *inclusus unius exclusus alterius*.

---

<sup>2</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. **Interceptação da correspondência de presos: críticas aos Projetos de Lei do Senado nº 11 e 19, de 2004.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5672>>. Acesso em: 15 mar. 2013

Em contrapartida, a segunda corrente defende a relativização desta garantia, visualizando a possibilidade de violação das correspondências com o escopo de impedir ou apurar o cometimento de delitos, tendo como defensores, dentre outros: Alexandre de Moraes; Luiz Flávio Gomes; Damásio E. de Jesus; Scarance Fernandes; César Dário Mariano da Silva; Rogério Greco; Fernando Capez; Ada Pellegrini Grinover; Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.

Essa corrente apregoa a inexistência de garantias individuais absolutórias, sustentando a tese de que os direitos e garantias individuais nascem com o fim de resguardar ao ser humano, ambiente para o total desenvolvimento de sua personalidade, sem a intervenção Estatal, e não para encobrir delitos e condutas prejudiciais a outrem e a toda coletividade em si.

Os defensores dessa tese alertam, ainda, que se aproveitando do mencionado direito, os delinquentes poderiam praticar um número maior de condutas antijurídicas.

De tal modo, o direito a inviolabilidade de correspondência não poderiam ser entendido como absoluto, porém, deveria ser visto como direito condicionado a restrições necessárias para coexistência adequada com outros direitos similarmente dignos e diante do interesse público, que deve predominar sobre o interesse particular. Nos clássicos termos de Ada Pellegrini Grinover (1990, p.60):

É cediço, na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

Portanto, não há direito fundamental absoluto, posto que, como já aludido anteriormente, o próprio texto constitucional prevê, nos artigos 136, §1º, inciso I e 139, inciso III, restrições as garantias constitucionais, incluindo nestas o sigilo da correspondência, nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio, e o que é absoluto não cabe exceções.

Além disso, outra hipótese no ordenamento jurídico de possibilidade da violação da correspondência é a atribuição dada pelo legislador ao Ministério Público da União, no artigo 6º, XVIII, alínea "a", da Lei Complementar nº. 75/1993, para representar "ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da

correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual (...)".

Alexandre de Moraes (2006, *apud* NUCCI 2008, p. 522), tratando da previsão da inviolabilidade de correspondência no texto constitucional assevera que:

A interpretação do presente inciso deve ser feita de modo a entender que a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre visando salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas.

Alexandre de Moraes (2010, p. 59), ainda pondera que:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telefônicas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Nota-se que a inviolabilidade das correspondências tem como característica primordial proteger os sujeitos de direitos das arbitrariedades indevidas do Estado, de forma que isso não seja utilizado como barreira para privilegiar ações criminosas e os seus agentes. Por esse motivo, a garantia à segurança pública, bem de ordem social e de interesse maior, se sobressairia se colocado em confrontação com o direito a inviolabilidade da correspondência. Assim, os direitos individuais devem ceder espaço aos direitos de interesses de vasta amplitude, com repercussão em toda sociedade.

É relevante destacar, ainda, a observação do professor José Carlos Barbosa Moreira, citado por Felipe Lima de Almeida<sup>3</sup>, que aduz a inexistência de qualquer razão contundente para que seja admitida a quebra do sigilo telefônico e não se admitir a violação do sigilo das correspondências, nestes termos:

Não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação. Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. **Interceptação da correspondência de presos: críticas aos Projetos de Lei do Senado nº 11 e 19, de 2004.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5672>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo (...) O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo.

Os defensores dessa corrente observam que, concernente a diferenciação da comunicação por correspondência e a aquela realizada por meio de telefone, não há uma distinção considerável que justifique um tratamento diferenciado no que tange a salvaguarda do sigilo, uma vez que, em ambos os casos, estamos diante de um meio de diálogo, em que na primeira situação realiza-se através da escrita, e na segunda através da fala.

Ademais, não se deve olvidar que a escrita é uma mera representação da fala através de símbolos. Então, chegam a seguinte indagação: se é permitido a interceptação da fala, que é a reprodução da escrita, qual o motivo de não se autorizar a violação da escrita, que também é uma expressão de linguagem, feita por meio de emblemas?

Some-se a isso o fato de que o telefone, hodiernamente, com os progressos tecnológicos, possui a função de transmissão de informações através de mensagens de texto. É o que ocorre com o fac-símile. Não se vislumbra uma diferenciação palpável entre a correspondência postal e aquela transmitida por meio de mensagem SMS, que justifique um tratamento individualizado quanto à quebra do sigilo.

Passando para uma análise minuciosa do nosso enfoque no presente estudo, qual seja, a violação da correspondência dos presos, Guilherme de Sousa Nucci (2008, p. 523) faz a seguinte ponderação:

Nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto. Fosse assim e haveríamos de impedir, terminantemente, que o diretor de um presídio violasse a correspondência dirigida a um preso, ainda que se tratasse de ardiloso plano de fuga, pois a "inviolabilidade de correspondência" seria taxativa e não comportamento exceção alguma na Constituição Federal. Nem mesmo poderia devassar a correspondência para saber se, no seu interior, há drogas, o que se configura um despropósito.

Essa discussão ganhou maior dimensão, deveras, quando foi apreciada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal no famigerado julgamento do HC 70.814-SP, pela 1ª Turma, em 28 de fevereiro de 1994, tendo como relator o

Ministro Celso de Mello, abrindo-se precedente para a interceptação de correspondência destinada aos sentenciados. Assim, no que concerne à matéria, segue o escólio jurisprudencial que esboçou entendimento de que:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 334), ao fazer menção ao aresto jurisprudencial acima, fortalece o posicionamento do Pretório Excelso afirmando que não há direitos absolutos, e em atenção ao interesse social e em certos casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade, é possível restringir o sigilo de correspondência e o de comunicações telefônicas, até porque os direitos fundamentais podem ser restringidos sem expressa autorização do legislador constituinte “sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais”. O jurista ainda traz a baila o julgado do Ministro Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

Ao ver do relator, a inviolabilidade de correspondência deve ser compreendida, “com vista à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia, tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas”. Por isso, as correspondências poderiam ser abertas “em todas as hipótese que aviltem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados.” (RE 418.416, Rel.Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, 10/05/2006).

Diante desta explanação, percebe-se que o assunto ainda é bastante controvertido no cenário jurídico brasileiro, ocorrendo, em diversos momentos, a colisão deste direito fundamental com outros, hierarquicamente importantes e igualmente previsto no texto constitucional, somente podendo ser solucionado diante do caso em concreto. Porém, não resta dúvidas que a solução mais acertada reside na busca da conciliação e ponderação destes direitos pelo operador do Direito, como será melhor demonstrado *a posteriori*.

## 4.2. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A complexidade do desenvolvimento das relações sociais e as transformações impulsionadas por fenômenos políticos que marcaram o Estado Democrático de Direito refletiram inúmeras ideologias diferentes e foram fatores determinantes para que o legislador constituinte protegesse e elencasse em gama de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico.

Assim, conseqüentemente, brotou a questão de como promover a efetiva e correta aplicação dos direitos, posto que, não é rara a ocorrência de conflitos entre esses direitos entre si e até mesmo com outros valores constitucionalmente resguardados. Neste viés, se instaura o problema da colisão de direitos fundamentais.

J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1253) afirma que existem duas classes de colisão de direitos, quais sejam: a colisão autêntica, em que advém do conflito entre direitos fundamentais; e a colisão sem sentido impróprio, na qual há um embate entre direitos fundamentais e os bens jurídicos da sociedade e do Estado. Nas lições do constitucionalista:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (...) A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

Saliente-se que a Constituição Federal é compreendida como um complexo sistemático composto de regras e princípios, resultantes de uma concordância social sobre valores básicos, em que estes últimos encontram-se no ápice da pirâmide normativa, tratando-se, nas palavras de Paulo Bonavides (1998, p. 265), da “viga mestra do sistema, esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição”.

É imperioso lembrar que não há hierarquia entre os princípios constitucionais e que estes são dotados de igual dignidade. Evidentemente, existem princípios constitucionais com planos diferenciados de consolidação e densidade semântica, o que não implica dizer que há hierarquia normativa entre eles.

Os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, e os princípios carregam em si um caráter relativista, permitindo, em caso de choque entre estes, previstos igualmente no texto da Constituição, o sopesar de um em detrimento do outro, com o escopo de determinar a aplicação do mais adequado àquele caso concreto, através de um juízo de ponderação e, se possível, buscando realizar concessões recíprocas, de modo a lançar um resultado socialmente desejável e imolando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais posto em conflito.

Tratando da questão da relatividade principiológica, Robert Alexy (2001, p. 143) ensina que:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir.

Nota-se que a predominância de um direito sobre o outro dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto. Em termos abstratos, não há um critério de dissolução de conflitos exato. Para a apreciação de todo e qualquer direito fundamental é necessário, primordialmente, que se delimite o seu alcance, ou núcleo protetivo, e, se possível, apresentar restrições e limitações aos direitos em alusão.

Destaque-se que os limites dos direitos constitucionais quando não estão expressamente delimitados no texto da legislação, devem ser abalizados de forma abstrata pelo legislador ou em caso concreto, pelo magistrado. Emerge dessa premissa a obrigação de resguardá-los contra os abusos de leis de caráter restritivo, assim como de apresentar critérios ao intérprete legal para a aplicação da garantia mais amoldada.

A doutrina desenvolveu dois modelos para solucionar o problema em epígrafe e que vêm sendo frequentemente utilizada pelos tribunais. O primeiro modelo é a concordância prática (*praktische Konkordanz*) apresentada por Hesse, e o segundo trata-se do modelo fornecido por Ronaldo Dworkin, que avalia a dimensão de peso e importância (*dimension of weights*).

Alexandre de Moraes (2010, p. 33) discorre que:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.

Através do modelo da concordância prática ou harmonização, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, através de juízo de ponderação, com o escopo de preservar o máximo de direitos envolvidos e evitando o sacrifício total de um princípio em relação a outro, contudo, sem anular sua aplicação em outra hipótese distinta. Havendo colisão entre bens jurídicos constitucionalizados, deve-se buscar a otimização, bem como o equilíbrio mais adequado possível entre os valores colidentes.

Quando não for possível a aplicação da concordância prática, passa-se a utilizar o modelo da dimensão de peso e importância dos princípios, em que o aplicador do Direito deverá levar em conta o peso (importância) relativo de cada um dos princípios que se entrecruzam, e dar prevalência àquele de maior valor no caso *sub examine*.

Ao que pese as características intrínsecas de cada um dos modelos mencionados, ambos convergem ao apresentar a teoria da proporcionalidade ou da ponderação como instrumento para a adequada aplicação do Direito. Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 211) discorre brilhantemente sobre o assunto, esclarecendo que:

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolher do outro pode ocasionar.

O princípio da proporcionalidade é considerado um mandamento de otimização, bem como um instrumento pelo qual se operacionaliza o processo de ponderação entre os princípios, objetivando remediar uma possível colisão entre

estes, ocupando, por essa razão, posição de destaque no nosso ordenamento jurídico.

O princípio em epígrafe apresenta dois papéis de destaque no sistema normativo. O primeiro diz respeito a sua função de guardião dos direitos fundamentais, resguardando-os da ação limitativa imposta pelo Estado. A segunda função de relevo é a sua instrumentalização para a solução de embate entre esses valores fundamentais, por meio de um juízo de ponderação dos interesses abarcados no caso concreto.

Nasceu como um mecanismo de defesa do homem contra as arbitrariedades cometidas pelo rei no período de transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Dessa forma, o surgimento deste princípio representou freios aos ditames governamentais.

A doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem classificado o mencionado princípio em três dimensões ou, como dizem alguns, subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

No que tange a adequação, entende-se que as medidas adotadas devem ser apropriadas para atingir os fins ao qual o princípio pretende cumprir. Já com relação à necessidade, esta exige que a medida ou decisão tomada pelo operador do Direito, dentre as capazes a consecução do fim almejado, seja a menos prejudicial aos cidadãos envolvidos e a coletividade, não devendo ser excessiva, nem tampouco precária.

Por vez, com relação à proporcionalidade em sentido estrito ou subprincípio da ponderação, o operador do Direito deverá levar em consideração todo o contexto da qual os direitos fundamentais em conflito encontram-se inseridos, na busca de uma solução constitucionalmente adequada, coerente e satisfatória, em que o direito mitigado de fato constitua o menos oneroso em comparação ao direito predominante.

Deste modo, quando ocorrer um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, cabe ao intérprete solucioná-lo de forma menos lesiva possível, utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, constituindo-se adequadas e relevantes ao interesse público, para a busca do real sentido na norma jurídica com sua harmonização a Constituição.

### 4.3 A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA MEDIANTE INFORMAÇÕES COLHIDAS DE CORRESPONDÊNCIAS DOS PRESOS

Indubitavelmente, não se pode olvidar que os direitos e garantias fundamentais não foram instituídos para proteger práticas ilícitas, muito mesmo devem servir de argumento para afastar a responsabilidade civil ou criminal daqueles que agem ao arrepio da lei. Uma das peculiaridades dos direitos fundamentais é justamente o seu caráter restritivo ou limitativo, isto é, sua aplicação depara-se com limites impostos pelos demais direitos insculpidos no texto constitucional.

Estando diante da colisão entre o sigilo das correspondências dos detentos e a primazia do interesse público, estampado pelo princípio da segurança e ordem pública, o operador do direito não pode simplesmente fechar os olhos para a realidade palpável do sistema carcerário brasileiro e utilizar-se de um critério abstrato para a aplicação do direito do condenado. Não se está tratando aqui de questionar uma ordem hierárquica de valores constitucionais e infraconstitucionais, mas de realizar um juízo de ponderação.

Ao que pese posicionamento ao contrário, a maior parte da doutrina e da jurisprudência vêm defendendo a apreciação restrita do texto constitucional, com base na concepção de que os direitos e garantias individuais não são absolutos e nem podem servir de manto protetor a práticas ilícitas, pois no juízo de ponderação dos valores constitucionais, é inadmissível que aqueles que estiverem dando guarida à existência de delitos realizados através de comunicação por correspondências, preponderem sobre o direito à segurança da coletividade.

Dentre um inumerável elenco de operadores do Direito, assim também se posiciona a jurista Ada Pellegrini Grinover (1947 *apud* MIRABETE, 2008, p. 129):

Nesta ordem de idéias deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, com vista à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas.

O professor Fernando Capez (2003, *apud* GRECO, 2009, p. 583), seguindo o mesmo posicionamento, aponta que:

Com base no princípio de que nenhuma liberdade individual absoluta, conforme já mencionado, e observados os requisitos constitucionais e legais, é possível a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas forem utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Em tais casos, não sendo indevida a violação da comunicação, não há que se falar na configuração de um dos crimes contra a inviolabilidade de correspondências.

Ademais, compulsando a Lei de Execução Penal, verifica-se em seu artigo 3º que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, prevendo, ainda, no inciso XV, do seu artigo 41, o direito de comunicação do preso, assegurando-o “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”, porém, considerando a ressalva contida no parágrafo único do mesmo artigo, em que é possível suspender ou restringir este direito através de ato motivado do diretor do estabelecimento prisional.

Analisando o dispositivo infraconstitucional, percebe-se que, quando o legislador previu o “contato com o mundo exterior” através de correspondências, abriu, igualmente, a possibilidade de suspender ou restringir este direito para a preservação da ordem pública.

Saliente-se que, se o Estado possui o poder-dever de privar o sentenciado de manter contato físico com o mundo exterior, através do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, certamente, tem em suas mãos o poder de estender este isolamento suspendendo ou restringindo o contato por meio de correspondências, através de ato motivado.

A censura às epístolas dos detentos realizada com certa frequência nos presídios tem como primordial finalidade impedir que o condenado, cumprindo pena em regime fechado, consiga liderar ou interatuar com a criminalidade dentro e fora da penitenciária.

Inclusive, deve-se destacar que, mesmo com toda a aparelhagem implantada nos presídios atualmente, os apenados inseridos nos regimes semi-aberto ou fechado ainda conseguem utilizar-se indevida e incontrolavelmente de meios de comunicação, tais como os telefones celulares, mantendo contato com o mundo

além das grades na organização e confabulação de práticas delituosas, gerando uma série de transtornos e maculando gravemente a segurança da sociedade.

Como bem pondera Mirabete (2008, p. 63):

A experiência tem demonstrado que nenhuma espécie de tratamento penitenciário tem produzido os efeitos esperados quanto à readaptação do condenado. A prisão tem servido apenas para reforçar valores negativos e falhou completamente em seu propósito de modificar as pessoas. Está comprovado que, na maioria dos casos, a existência de uma “subcultura” presente entre os presos, característica das instituições prisionais de grande porte, torna-se impermeáveis a qualquer tipo de tratamento, cuja ideologia vem sendo abandonada.

Assim, observa-se que é uma espécie preventiva a impedir a ocorrência de ilícitos que por ventura venham a ser praticados através das comunicações epistolares. Havendo indícios da ocorrência de um provável conluio de práticas ilícitas, utilizando-se de qualquer tipo de correspondência, é possível a suspensão ou restrição deste direito.

Então, neste viés, encontra-se em jogo, de um lado, o direito individual de inviolabilidade de correspondência; e de outro, o interesse coletivo à segurança pública. Indiscutivelmente, o juízo de ponderação de interesses que será realizado, ocorrerá diante do caso em concreto, analisando-se todas as circunstâncias que abrangem o fato.

Porém, não podemos deixar de apontar como parâmetro a atual realidade carcerária brasileira, que é de extrema importância ao exegeta na ponderação em questão. Assim, é interessante destacar a observação de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 523):

Não se trata de ponderar qual bem jurídico é mais importante – se a intimidade, a inviolabilidade da correspondência e da vida privada ou a segurança pública e o interesse em punir criminosos – mas sim de garantir a perfeita harmonia entre os princípios, direitos e garantias constitucionais. Um direito não deve sobrepujar outro em hipótese alguma, pois inexistente hierarquia entre eles, mormente quando todos estão previstos na Constituição Federal. Deve o aplicador da lei ajustar um ao outro, compreendendo o exato espírito da norma e seu alcance.

Hodiernamente, como anteriormente tratado, a sociedade vem sentindo-se acuada diante do intenso crescimento da criminalidade que assola todo o país. Tornou-se corriqueiro os noticiários nacionais transmitirem situações alarmantes do crime, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Questões como tráfico de

drogas e de armas, fugas, rebeliões e facções dentro dos presídios brasileiros tornaram-se triviais.

O direito a segurança, asseverado pela legislação nacional e por tratados internacionais, possui, dentre outros significados, o sentido de garantir à população a existência de órgãos com credibilidade para prevenir eficazmente eventuais violências ou ameaças a direito de ordem física, psicológico e patrimonial, de forma equilibrada e imparcial para o alcance da real justiça.

Nesta dinâmica, é de se observar que se a inviolabilidade de correspondências dos presos fosse considerada absoluta, estaríamos diante de uma situação insustentável em que grupos criminosos organizados permaneceriam, apesar de tolhidos de sua liberdade, a comandar as suas práticas ilícitas através da utilização estratégica de correspondências.

Um dos vários exemplos da utilização de cartas para a prática de atividades ilícitas encontra-se demonstrado na reportagem, feita por Igor Duarte, vinculada no portal de notícias eletrônico da Band News<sup>4</sup>, em 01 de março de 2013, que noticiou a apreensão de correspondência em um presídio no interior paulista contendo instruções de preparo de drogas e sua venda por uma facção criminosa, que mesmo presa, ainda comandava o tráfico. Vejamos:

As cartas enviadas por membros de uma facção criminosa de dentro do presídio de Presidente Venceslau, no interior do Estado de São Paulo, estavam em poder deste homem, Douglas Reis dos Santos, de 19 anos. Nelas os traficantes orientavam, passo a passo, a melhor forma de se preparar a cocaína. Os lucros e gastos com a venda da droga também são citados. (...) A apreensão das cartas revelou para a polícia que os líderes do tráfico de drogas na região do Braz, centro da capital paulista já estão presos, mas que ainda continuam a dar as ordens mesmo atrás das grades.

Outro exemplo em que a inviolabilidade de correspondência cede espaço ao interesse maior, representado pela segurança pública, foi a notícia vinculada no site Terra<sup>5</sup>, em 05 de novembro de 2012, em que, através da apreensão de cartas no

---

<sup>4</sup> Disponível em < <http://bandnewstv.band.uol.com.br/noticias/conteudo.asp?ID=650911&tc=cotidiano-apreens%C3%A3o-de-drogas-e-cartas-revelam-comando-do-tr%C3%A1fico>>. COTIDIANO: APREENSÃO DE DROGAS E CARTAS REVELAM COMANDO DO TRÁFICO. Reportagem de Igor Duarte. Duração do vídeo de aprox. 1min20seg. 01 de março de 2013, às 10h00. Acesso em 14 de março de 2013.

<sup>5</sup> Notícia vinculada no site TERRA em 05 de novembro de 2012, às 08h48. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI6277606-EI5030,00-Cartas+revelam+como+PCC+tentou+se+instalar+no+Rio+Grande+do+Sul.html>>. Acesso em 16 de março de 2013.

presídio, preveniu-se a instalação da organização criminal, Primeiro Comando da Capital (PCC), no Estado do Rio Grande do Sul.

Cartas apreendidas no Presídio Central de Porto Alegre revelam a tentativa do PCC de se instalar no Rio Grande do Sul. A Polícia Civil e o Ministério Público ouviram falar dos "caderninhos" do PCC em abril. Após rastrear telefonemas de um paulista detido na unidade e suspeito de extorsões fora da cadeia, os agentes captaram menções à facção, além de telefonemas a São Paulo, e descobriram que promotores paulistas também rastreavam o suspeito por suas ligações com o comando. Nos documentos, havia 17 mandamentos que os presos copiam à mão e espalham nas celas. "Aquele que estiver em liberdade, bem estruturado, mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia será condenado à morte, sem perdão", dizia o 7º.

Evidentemente, se torna necessário o controle do Estado sobre o teor das correspondências dos detentos. Na seara federal, o Decreto nº 6.049 de 2007, no §1º, do art. 100, dispõe que: "é livre a correspondência, condicionada a sua expedição e recepção às normas de segurança e disciplina do estabelecimento penal federal".

Afasta-se do escopo da Lei Maior embasar leis que viabilizem assegurar a inviolabilidade de um direito possibilitando a sua aplicação desvirtuada. A inviolabilidade deve ser respeitada e mantida nos moldes legais, todavia, quando eventualmente se torna um instrumento de controle das organizações criminosas, suscita discussões acerca da necessidade de sua relativização. Há fundamentos baseados em fatos, leis e bom senso que viabilizam a quebra da inviolabilidade do sigilo das correspondências dos apenados sem que isso signifique, necessariamente que sua dignidade enquanto pessoa humana foi lesada.

Ressalte-se que a quebra do sigilo das correspondências dos apenados, com a devida supervisão jurisdicional, pode funcionar como um importante instrumento de preservação da segurança pública, como, por exemplo, impedindo motins, além de outras condutas reprováveis. Por outro lado, o direito do preso ao "contato com o mundo externo" ainda estará resguardado, pois caso o agente público não constate que o conteúdo da epístola do apenado envolva elementos de cunho ilícito, esta será devolvida ao destinatário, conservando-se ao máximo a intimidade daquele que teve sua correspondência devassada, sendo seu teor preservado de qualquer divulgação, sob a pena de responsabilidade do agente que obteve acesso a informação por dever de ofício e indevidamente a propagou.

Ante o exposto, não há que se considerar absoluto qualquer direito ou garantia individual, sob pena de ocorrer o definhamento de outro mais respeitável. Como já demonstrado, o direito à segurança é igualmente consagrado como direito fundamental pela Carta Magna, razão pela qual é muito arriscado que se conserve a inviolabilidade das correspondências dos presidiários e, concomitantemente, a segurança do presídio e da sociedade. Ademais, a restrição à intimidade é consequência lógica da privação da liberdade, o que justifica a cesura das missivas dos condenados.

## 5 CONCLUSÃO

Pela exposição do trabalho, foi possível constatar diversos embates jurídicos envolvendo a questão de relativização dos direitos do detento diante de uma necessidade pública, com fulcro nos valores declarados pela Constituição Federal e pela lei que trata da execução penal.

Em traços decorrentes da avaliação do sistema penitenciário, e seu respectivo tratamento pela ordem jurídica, percebeu que existe uma gama de instrumentos que vem proteger os presos de abusos e desvio de poder, além de flagrantes ilegalidades; de outra maneira, constatando-se um fator determinante, também pode ocorrer o inverso, como a restrição ainda mais de direitos antes conquistados, como a regressão de regime por faltas graves cometidas dentro do presídio.

Por isso, malgrado a posição contrária e resistente, segundo os seus motivos que põe a impossibilidade de violação do sigilo de correspondência, há de sopesar os alicerces que tornam necessário, no patamar do sistema penitenciário, a violabilidade das correspondências. Ora, se até mesmo, em relações particulares, estranhas às situações carcerárias, pode haver violação de correspondências e comunicações, porque não se adotaria tal conduta, mediante interesse e segurança pública, fazer o mesmo com os detentos.

Houve a percepção de um choque de princípios constitucionais ao se falar da modulação da garantia da inviolabilidade da correspondência e comunicação dos detentos, o que dificultava a aplicação de uma medida por parte do Poder Público dentro do sistema carcerário brasileiro. Entretanto, mediante a proporcionalidade jurídica dos termos dos direitos envolvidos, conseguiu-se criar um campo que motiva a relativização de tal direito.

Expressando em outros casos, percebeu-se que dificilmente um direito, ainda que taxado de fundamental, consegue manter seu caráter absoluto ao ponto de impedir o exercício de outros direitos pessoais ou a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, averiguou-se a sustentabilidade de um direito fundamental está condicionada a uma efetivação máxima, mas não absoluta, o que faz com que em algumas circunstâncias seja ele restringido para se adequar a determinado fenômeno jurídico.

No caso analisado neste trabalho, percebeu-se que a necessidade emerge dos ditames da segurança pública, onde há fatores sociais e individuais que consegue apresentar os liames para restrição de direitos fundamentais, como o sigilo da correspondência dos presos. Nesse ponto, traçou que, não é uma falha no sistema penitenciário que impede a colheita de informações acerca de planos e comandos para o crime organizado, mas é a restrição ao Poder Público de uma garantia que é fornecida ao preso pela Constituição e pelo sistema jurídico que incide nos patamar das relações penitenciárias.

Destarte, diante das provas apresentadas, verificou-se que há uma importante contribuição no combate ao crime e violência social nas medidas que são tomadas dentro do sistema penitenciário, sem a qual o elo dos comandos de organizações criminosas continuaria articulado, e de nada serviria as medidas prisionais. Em contrapartida, o interesse social em impedir tal articulação permite a promoção, pelo Estado, de adotar medidas que tangem, inclusive, na localização de informações passadas para o interior dos presídios através de correspondências dirigidas aos detentos.

Em termos teóricos e pautados em análise de situações narradas no texto, viu-se que esta medida tem efeitos concretos na diminuição de crimes que ocorrem fora do presídio, promovendo a segurança pública e a paz social, que também são premissas do Estado Democrático de Direito.

Da mesma maneira, ficou claro que a maneira de interceptação de tais correspondências não pode acontecer ao livre consentimento, pelo contrário, deverá está situada ao mínimo prejuízo dos detentos e, mesmo com a violação, tais medidas não devem ser dotadas por regra no sistema prisional. Logo, a excepcionalidade dos motivos também gera a excepcionalidade da medida de interceptação, observando ao máximo os direitos dos detentos.

Mesmo que em alguns momentos tenha sido usada a expressão violação, impõe-se que a interpretação correta para o fato seja a ponderação, decorrente da aplicação do princípio da proporcionalidade para adequar a medidas aos anseios sociais e a funcionalidade da mesma.

Portanto, examinou-se a viabilidade de acontecer a restrição de tal direito fundamental, relativizando-o perante as demais circunstâncias sociais existentes, para cumprimento dos objetivos do Estado e do anseio social pela segurança e paz social.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Zuwyngles de Abreu. **A atual estrutura prisional da cidade de Cajazeiras-PB sob a ótica das garantias legais previstas nas normas nacionais e internacionais de direito penitenciário**. Sousa, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Felipe Lima de. Interceptação da correspondência de presos: críticas aos Projetos de Lei do Senado nº 11 e 19, de 2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 429, 9 set. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5672>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** . 2a. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n.14, de 11 de novembro 1994. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDD4BA0295587E40C6A2C6F741CF662E79PTBRNN.htm>> Acesso em: 08 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 70814 SP**. Rel.Min. Celso de Mello. Julgamento em 28/02/1994, Publicação em: DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corporus-hc-70814-sp-stf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.646-AgR**. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 07/06/2011, Segunda Turma, Publicação em: DJ 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=136>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra. Almedina 2002.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores de direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 1.v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 6.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. 2.v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências no Direito Processual**. Forense Universitário, Rio de Janeiro, 1990.

MACHADO, Vitor Gonçalves. Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14432>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabrini, **Execução Penal**: comentários à Lei 7.210, de 11-07-1984. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

ONU. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>> Acesso em: 08 mar 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Frederico Heberth Carvalho de. **Noções de execução penal e penas privativas de liberdade**: abordagem do sistema penitenciário da Paraíba. Olinda: Livro Rápido, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Iranilton Trajano da. Sistema prisional brasileiro: desafios e incertezas em face do caos social e de sua falência aparente. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41673>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.