Prisões de segurança máxima: aspectos controversos à luz da dogmática dos direitos fundamentais

Supermax prisons: controversial aspects in the light of the dogmatic of fundamental rights

RAYNEIDER BRUNELLI DE OLIVEIRA FERNANDES
Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista Judiciário da Seção Judiciária do Paraná.

Resumo: A realidade carcerária brasileira passou por profundas mudanças nas últimas décadas e pouco se tem estudado o reflexo na ciência do direito. Dentre essas transformações, surgiram os estabelecimentos penais federais de segurança máxima, que são amplamente contestados sob o enfoque dos direitos fundamentais. Neste trabalho, são discutidas formulações teóricas e decisões judiciais nacionais e estrangeiras referentes ao cumprimento da pena em presídios de segurança máxima. Constrói-se hipótese consistente na interpretação de que o Sistema Penitenciário Federal constitui mecanismo do federalismo cooperativo e na reafirmação do dever do Judiciário de articular sua argumentação, com princípios e standards probatórios, de forma a tentar limitar seus erros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Execução penal. Federalismo cooperativo. Sistema Penitenciário Federal. Standards probatórios.

Abstract: The brazilian prison situation has undergone profound changes in the last decades and little has been studied about the reflection in Law. Among these transformations, there are the federal super maximum-security facilities, which are widely refuted under the fundamental rights approach. In this work, we discuss theoretical and judicial formulations, national and foreign judgments regarding the confinement in supermax prisons. We construct hypothesis which consists in the interpretation that the Federal Penitentiary System constitutes a mechanism of cooperative federalism and in reaffirming the duty of the Judiciary to articulate its argumentation, with principles and standards of proof, in order to try to limit its errors.

Keywords: Fundamental rights. Penal execution. Cooperative Federalism. Federal Penitentiary System. Standards of proof.

1. INTRODUÇÃO

A questão relacionada ao alocamento de presos no sistema penitenciário passou a ostentar maior relevância a partir do crescimento da população carcerária[1] e da ascensão de organizações criminosas dentro dos estabelecimentos penais[2].

O Brasil, inspirado nas prisões *supermax* estadunidenses e com o discurso de salvaguarda da segurança pública, inaugurou a sua primeira penitenciária federal de segurança máxima em 23/06/2006, em Catanduvas, Paraná. Desde então, foram criados mais quatro presídios federais, sendo mais recente a unidade do Distrito Federal, implantada em 2018.

Com a regulamentação do Sistema Penitenciário Federal, sobrevieram questionamentos jurídicos às condições de confinamento dos presos, à vagueza das hipóteses de inclusão em estabelecimentos penais de segurança máxima e dúvidas a respeito do procedimento a ser adotado.

Este trabalho objetiva responder à seguinte pergunta[3]: *as restrições impostas aos direitos fundamentais dos presos do Sistema Penitenciário Federal são compatíveis com a Constituição da República?*

Para enfrentar o problema acima: a) descreve-se o fenômeno do controle do delito na sociedade pós-moderna; b) identificam-se os aspectos jurídicos relevantes e polêmicos do

---

[1] De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) mais recente, o Brasil já possui a terceira maior população prisional do mundo, com 748.009 pessoas presas em junho de 2019. *Cf.*: BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Dezembro de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 23 mai. 2019.

[2] A natureza informal e precária do vínculo dos membros às facções criminosas dificulta a produção de dados estatísticos sobre a real dimensão dessas organizações no contexto carcerário. A imprensa, baseada em dados de inquérito sobre a atuação de líderes custodiados em Presidente Venceslau/SP, noticiou que, em 2018, apenas o Primeiro Comando da Capital – PCC, teria 30 mil integrantes "batizados". *Cf.*: VILADARGA, Vicente; LAVIERI, Fernando. A facção que mais cresce no mundo. *Istoé* [online]. Brasil, 03.08.2018. Disponível em: < https://istoe.com.br/a-faccao-que-mais-cresce-no-mundo/>. Acesso em 23 mai. 2020.

[3] "Então, o ponto de partida é sempre um problema e a observação torna-se algo como um ponto de partida somente se revelar um problema; ou em outras palavras, se nos surpreende, se nos mostra que algo não está, propriamente, em ordem com nosso conhecimento, com nossas expectativas, com nossas teorias. Uma observação cria um problema somente se ela se conflita com certas expectativas nossas, conscientes ou inconscientes. Mas, o que, neste caso, constitui o ponto de partida de nosso trabalho científico é não tanto a pura e simples observação, porém, mais adequadamente, uma observação que desempenha um papel particular, isto é, uma observação que cria um problema" (POPPER, Karl Raimund**.** *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 15).

cumprimento da pena nos presídios de segurança máxima; c) procede-se a estudo crítico da literatura jurídica especializada sobre a dogmática dos direitos fundamentais para buscar relacionar esses postulados no âmbito da execução penal, com apoio da *Teoria da integridade* de Ronald Dworkin.

Defende-se a necessidade de nova visão paradigmática ao direito de execução penal contemporâneo para a compreensão das relações entre direitos humanos institucionalizados e direitos da coletividade.

A presente pesquisa teórica trilha a vertente jurídico-dogmática, desenvolvendo investigação com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito, sem, contudo, ignorar a eficácia das relações direito/sociedade nos demais subsistemas sociais. Prevalece, na investigação, o raciocínio hipotético-dedutivo e o tipo jurídico-compreensivo, decompondo o objeto de pesquisa em seus diversos aspectos, relações e níveis (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 28-29). O procedimento de busca de dados adotado é o bibliográfico e o documental. Emprega-se a técnica da análise discursiva do conteúdo.

O trabalho é dividido em três partes. Na primeira parte, tem-se como propósito contextualizar a retórica que acompanha o controle do delito na sociedade contemporânea e abordar o histórico do advento do Sistema Penitenciário Federal brasileiro. Em seguida, são expostas posições teóricas acerca dos presídios de segurança máxima. Por fim, erige-se hipótese consistente na interpretação de que o Sistema Penitenciário Federal constitui mecanismo do federalismo cooperativo e, adotando como referencial a teoria integrativa dworkiniana, na reafirmação do dever do Judiciário de elaboração de discurso de fundamentação baseado em princípios e *standards* probatórios, de modo a conciliar o bem-estar geral e os direitos individuais dos presos.

2. CONTEXTUALIZANDO O PRESENTE

Neste capítulo, aborda-se, primeiro, o controle do delito como técnica de poder e fenômeno social. Em seguida, avança-se ao histórico do surgimento dos presídios federais de segurança máxima brasileiros.

2.1 Controle do delito na sociedade pós-moderna

A ideologia da defesa social, a qual combina as ideias das escolas clássica e positiva, nasceu paralelamente à revolução burguesa; e enquanto a codificação penal se impunha como elemento essencial do sistema jurídico burguês, ela se tornou a filosofia dominante e o senso comum (*every day theories*). A teoria da defesa social pode ser visualizada em princípios que assumem: a) o delito como um dano para a sociedade (princípio do bem e do mal); b) o Estado como expressão da sociedade, legitimado a reprimir a criminalidade, mediante a condenação do comportamento desviado individual e o reforço dos valores e normas sociais (princípio da legitimidade); c) a pena com a função não só de retribuir, senão também prevenir o crime, porque, como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente (princípio do fim ou da prevenção) (BARATTA, 2004, p. 35-37).

"A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais". Foucault (1988, p. 217-220) explica que, desde o início do século XIX, o encarceramento penal recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos. A prisão apareceu como a forma mais imediata e civilizada de todas as penas por duplo fundamento: 1) jurídico-econômico, à medida que a perda da liberdade tem o mesmo preço para todos (melhor que a multa, ela é o castigo "igualitário") e, ainda, permite que ela pareça como uma reparação ("retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira"); 2) técnico-disciplinar, evidenciado pelo seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos.

David Garland denomina "welfarismo penal" a ortodoxia, de matriz racionalista e utilitarista, que caracterizou a década de 1890 até 1970 e que moldou o senso comum de gerações de autoridades políticas, acadêmicos e operadores. Os princípios do "welfarismo penal' operavam contra o uso do encarceramento, dado que se considerava a prisão, em geral, como contraproducente. Antes colonizada por profissionais do Direito, a justiça penal se

converteu em território transdisciplinar, de psicólogos, psiquiatras, agentes socioeducativos, educadores etc.

Convém lembrar que a relação entre o cárcere e a sociedade é de exclusão. Por isso, a ideologia penal de reinserção revela-se contraditória, porque as interações sociais e de poder da subcultura carcerária, baseadas no egoísmo e na violência ilegal, detêm uma série características que as distinguem da sociedade exterior (BARATTA, 2004, p. 197).

O caráter individualizante, indeterminado e, em grande medida, discricionário das instâncias correcionalistas outorgava às autoridades do sistema penal grandes margens de manobra no tratamento dos delinquentes condenados. Nessa perspectiva, os presos identificados como perigosos, reincidentes ou incorrigíveis poderiam permanecer privados de sua liberdade por períodos prolongados. Os condenados com *background* respeitável ou fortes conexões com o trabalho e a família poderiam ser tratados com maior indulgência (GARLAND, 2005, p. 81-96).

No início da década de 1970, "welfarismo penal" e sua forma de tratamento individualizado passou a sofrer duras críticas, sob o argumento de que a discricionariedade do poder estatal dissimulava a dura realidade do castigo com uma retórica benigna e paternalista. Passou-se a advogar por castigos dissuasivos suficientemente duros para atuar como desincentivos reais aos potenciais delinquentes; a solução preferida era uma ação policial melhor e mais vigorosa combinada com castigos austeros e certos: mais dissuasão e controle, não mais *welfare*. Essas publicações, expõe Garland (2005, p. 110-117), influenciaram as reformas legislativas dos anos subsequentes nos Estados Unidos e no Reino Unido.

Outra ruptura significativa com as práticas do passado é que a política criminal deixou de ser tema que pode ser delegado aos profissionais e se converteu em assunto das campanhas eleitorais. O processo de geração das políticas públicas se tornou profundamente politizado e populista. Expressões como "tolerância zero", "prisões sem luxo", "a prisão funciona" e "penas adultas para crimes adultos" tornaram-se comuns. Degrada-se a importância da investigação e do conhecimento criminológico e, em seu lugar, existe uma nova deferência à voz da "experiência", do "senso comum", do "o que todos sabem" (GARLAND, 2005, p. 48-50).

Na pós-modernidade, aumenta a tolerância em matéria de sexualidade e de vida familiar, de religião e de opiniões políticas, porém as opiniões públicas são amplamente favoráveis à

manutenção e ao restabelecimento da pena de morte. Lipovestky (1994, p. 151) explica que não há deslizamento algum no tocante à nivelação de valores, senão redistribuição social do permitido e do proibido, enfraquecimento dos juízos morais relacionados com a vida sexual, com o aborto ou a prostituição, mas persistência e severidade quanto às diferentes formas de violência e delinquência.

A nova cultura de controle do delito, porém, não é uma substituição completa do "welfarismo penal" ("o entrelaçamento entre o estabelecido e o emergente estrutura o presente"). "Se vivemos numa era 'pós-reabilitação', como se supõe convencionalmente, não é porque as estruturas para avaliar e reabilitar os indivíduos foram desmanteladas ou eliminadas". A arquitetura institucional da modernidade permanece em pé, como também o aparato da justiça penal, mas foi o seu funcionamento e a sua importância social que se transformaram[4]. Desde 1980, foram construídos mais presídios e as penas corporais cresceram em quantidade e em duração. O setor policial passou a ser mais sensível à pressão pública, ajustado às circunstâncias locais e mais predisposto a enfatizar a prevenção delitiva[5]. A tecnologia informática e as novas técnicas de gestão permitiram melhor controle dos recursos e uma conduta voltada à resolução de problemas (administração gerencial). O reconhecimento dos direitos das vítimas alterou os processos da justiça criminal em vários aspectos e emergiram iniciativas incipientes de justiça restauradora (GARLAND, 2005, p. 275-279).

[4] A finalidade da ressocialização (prevenção especial positiva) decorre da visão da escola correcionalista, bastante combatida, de que a maioria dos criminosos apresentaria um defeito de socialização. A execução penal incidiria sobre a personalidade do preso, corrigindo-a. Observa-se que, atualmente, tem sido defendida a noção de que, considerando os efeitos criminógenos do tratamento penal, em vez de mirar uma ressocialização duvidosa, o cárcere deveria se empenhar em não dessocializar o preso[4]. Esse argumento, porém, não pode justificar a negligenciada política educacional nos presídios (*Cf.*: GRACIANO, Mariângela; SCHILLING, Flávia. A educação na prisão: hesitações, limites e possibilidades. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 13, n. 25, p. 111-132, 2008), a qual deveria incorporar amplamente as lições da andragogia para que a aprendizagem fosse mais focada naquilo que é necessário à vivência do aluno na sociedade, com propostas de atividades que envolvem ações do cotidiano que irão ajudá-lo a enfrentar problemas reais (*Cf.*: MARTINS, R. M. K. Pedagogia e andragogia na construção da educação de jovens e adultos. *Revista de Educação Popular*. v. 12, n. 1, p. 143-153, jan./jun. 2013).

[5] Por exemplo, iniciativas como o Programa Educacional de Resistência às Drogas (Proerd), inspirado no DARE (*Drug Abuse Resistance Education*) norte-americano e adotado pelas Polícias Militares de todos os estados brasileiros; o "Ligue 180", da Central de Atendimento à Mulher; e, mais recentemente, o Programa Escola Segura, em vias de implantação pelas Secretarias de Educação e de Segurança Pública do Paraná.

Em suma, existe uma nova penalogia, mas também uma velha penalogia da vingança. Há mais punitividade, bem como mais prevenção[6]. Existe uma justiça penal maior, porém esse Estado está mais consciente das suas limitações do que antes (GARLAND, 2005, p. 22).

2.2 Escorço histórico e marco legal do Sistema Penitenciário Federal brasileiro

As Penitenciárias Federais foram inspiradas no modelo arquitetônico, gerencial e estratégico das *Super Max* do sistema americano[7]. Nos Estados Unidos, o uso do isolamento prolongado para prisioneiros remonta ao século XIX[8]. Embora completamente finalizada em 1836, a Penitenciária Estadual do Leste da Pensilvânia começou a operar em 1829. Os internos permaneciam o dia todo confinados nas celas; não tinham permissão para falar uns com os outros, para saber os nomes uns dos outros, ou até mesmo ver os rostos uns dos outros, que eram cobertos por capuz quando o preso ingressava na unidade. Outro exemplo de segregação foi a Penintenciária de Auburn, Nova Yorque (1821), destinada a alocar os "piores" presos em confinamento solitário. Ambos os sistemas foram descontinuados no final do século XIX em virtude do alto custo, dos efeitos negativos que a segregação causou, como depressão e tentativas de suicídio, e do aumento da reincidência após a libertação. No século XX, a prisão de Alcatraz ('*The Rock*'), localizada numa ilha na Baía de São Francisco, foi federalizada em 1934 e reunia duas características fundamentais do modelo das atuais *supermax*: 1) o isolamento individual prolongado e; 2) o modelo de concentração, que é a criação de unidades específicas para lidar com certos tipos de presos (BAUMGARDNER, 2011, fls. 7-8).

---

[6] O discurso, porém, não coincide necessariamente com as políticas governamentais. Tal como no Reino Unido, no Brasil, a punitividade pós-moderna é contraditória: "Emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime". "[...] A despeito dos discursos, a criminalidade nada tem de prioritário, nem mesmo para o governo central, que continua a seguir políticas reconhecidamente criminógenas e fracassa em dar sustentação às iniciativas de prevenção do crime no grau em que seria necessário para torná-las realmente eficazes" (GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Revista de Sociologia e política*, n. 13, p. 59-80, nov. 1999).

[7] *Cf.*: BRASIL, Conselho da Justiça Federal. VII Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal: comemoração dos 10 anos de implantação do Sistema Penitenciário Federal. *Anais do VII Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 8.

[8] O Reino Unido apresentava uma longa tradição de separação e classificação dos presos mais perigosos, mas o sistema de vigilância de controle dos presos era graduado conforme o risco de fuga. O interesse nos modelos da supermax norte-americanas surgiu a partir da década de 1990. *Cf.*: KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? *Punishment & Society*, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

O modelo de concentração parte da ideia de que a colocação de todos os presos mais problemáticos em uma instalação reduziria as atribulações que as demais penitenciárias enfrentariam. Além de segregar os internos mais perigosos, a lógica por trás dos presídios de segurança máxima é que o regime rígido desses estabelecimentos desestimula o cometimento de delitos dentro das prisões. Na década de 1960, objetivando substituir a Penitenciária de Alcatraz, foi construída a primeira *supermax* norteamericana, em Marion, Illinois. Entretanto, como a unidade de Marion não estava concluída quando Alcatraz foi desativada, o *Federal Bureau of Prisons* dispersou os presos pelo sistema prisional federal. O chamado modelo de dispersão, aparentemente, havia "funcionado", mas a ocorrência de ataques a agentes públicos fez com que o *Bureau of Prisons* elevasse o nível de segurança da *supermax* de Marion e retomasse o modelo de concentração. A escalada da violência durante as décadas de 1980 e 1990 disseminou o modelo de Marion, de modo que, em 1997, já havia 55 prisões *supermax* operando nos Estados Unidos. Em 1998, 20.000 presos estavam alocados em estabelecimentos de segurança máxima (STOHR; WALSH, HEMMENS, 2012, p. 239-240).

No Brasil, a Lei n. 5.010/1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, dispõe que enquanto a União não possuísse estabelecimentos penais, a custódia de presos à disposição da Justiça Federal e o cumprimento de penas por ela impostas seriam realizados nas unidades prisionais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 85).

Em sua redação original, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) previa que a União Federal poderia construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justificasse no interesse da segurança pública ou do próprio condenado (art. 86, §1º). A Lei n. 10.792/2003 alterou esse dispositivo para retirar a exigência da condenação à pena privativa de liberdade superior a quinze anos e, no art. 87, p. único, possibilitou a custódia dos presos provisórios nessas penitenciárias.

Na mesma toada, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), estabeleceu que a União mantivesse estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (art. 3º).

Em 1981, a imprensa reportava a existência de um grupo politizado de presos nos presídios cariocas, o Comando Vermelho – CV, criado em resposta às condições degradantes do sistema prisional. Em 1993, após o episódio do "massacre do Carandiru" em 02/10/1992, surgiu a facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital – PCC, que se fortaleceu para além do próprio sistema carcerário (TEIXEIRA, 2006, fl. 168). Conforme os noticiários da época, o PCC promoveu megarrebelião em 18/02/2001 (a qual envolveu 29 presídios e 28 mil rebelados em 19 municípios) e ataques a prédios públicos, como a explosão de uma bomba colocada no 16º andar do Fórum João Mendes, em São Paulo/SP (SHIMIZU, 2011, fls. 10-11 e 118-119). A partir de então, cresceu o número de organizações criminosas dentro dos presídios (apontou-se, em 2017, a existência de pelo menos 83 facções [DELGADO, 2017]) e a sensação de insegurança da população[9]. A crise carcerária havia se projetado para o mundo exterior e passado a interferir de forma acentuada na eficácia das políticas de segurança pública. Desde 2016 foi registrado pelo menos um massacre em presídios por ano no País em virtude da guerra entre facções pelo domínio do tráfico de drogas: 1) em janeiro de 2017, 56 presos foram mortos no Compaj, em Manaus; 2) em 2017, foram registrados 26 mortos em Alcaçuz, no Rio Grande do Norte; 3) em janeiro de 2018, 10 homens foram assassinados na Cadeia Pública de Itapajé, no Ceará; 4) em 2019, 55 morreram em quatro presídios de Manaus/AM (VILARDAGA; LAVIERI, 2019).

Após as mencionadas sinalizações legislativas para que a União construísse estabelecimentos penais e a disseminação da criminalidade nos sistemas estaduais, em 23/06/2006, a primeira unidade do Sistema Penitenciário Federal, em Catanduvas/PR, foi inaugurada.

O Conselho da Justiça Federal – CJF, havia editado a Resolução n. 502, de 09/05/2006, regulamentando os procedimentos de inclusão e transferência de pessoas presas para unidades do Sistema Penitenciário Federal. Esse diploma normativo se destinava a regular o funcionamento emergencial dos estabelecimentos penais federais, provisoriamente e com vigência preestabelecida de 1 (um) ano. Em 21/12/2006, foi inaugurada a Penitenciária Federal de Campo Grande/MS. Como, no prazo de um ano, não sobreveio lei, o CJF publicou a

[9] *Cf.*: BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 9-13.

Resolução n. 557, de 08/05/2007, repetindo o texto da normativa anterior e preestabelecendo novamente o prazo de vigência de um ano.

As Resoluções n. 502/2006 e 557/2007 do CJF, que anteciparam o procedimento que veio a ser inserido na lei, definiram que: i) seriam admitidos nas penitenciárias federais presos "de alta periculosidade, observados os rigores do regime fechado, quando a medida seja justificada no interesse deles próprios ou em virtude de risco para a ordem ou incolumidade públicas"; ii) os tribunais regionais federais designariam um juiz federal para desenvolver a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais; iii) a competência para a execução penal se deslocaria para o juízo federal, no período em que se efetivar a transferência; iv) a admissão do preso, condenado ou provisório, dependeria de decisão prévia e fundamentada do juízo de origem e do juízo federal responsável pelo presídio federal; v) seriam ouvidos, no prazo de cinco dias, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que indicará o estabelecimento penal federal adequado; vi) a custódia em estabelecimento penal federal seria excepcional e temporária, no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável por solicitação motivada do juízo de origem; vii) no caso de rejeição do pedido de transferência pelo juízo federal, poderia ser suscitado conflito de competência.

Quanto às hipóteses de inclusão de presos no Sistema Penitenciário Federal, observa-se que as resoluções do CJF combinaram o disposto na Lei de Crimes Hediondos e na Lei de Execução Penal, prevendo que o preso deveria ostentar "alta periculosidade" e que a transferência fosse justificada no interesse dele próprio "ou em virtude de risco para a ordem ou incolumidade públicas".

O regime de execução penal nos estabelecimentos penais federais foi regulamentado pelo Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que dispõe, dentre as condições de encarceramento, que haverá a acomodação do preso em cela individual (art. 6º, V), visitas uma vez por semana pelo período de três horas (art. 92, *caput* e §2º), além de rotinas e disciplinas mais rígidas.

No Congresso Nacional, tramitou o Projeto de Lei n. 969, de 2007, de autoria do Poder Executivo. Em mensagem encaminhada ao Presidente da República, o então Ministro da Justiça

Tarso Fernando Herz Genro aludia à existência de lacuna no direito processual penal, uma vez que a temática era regulada provisoriamente pelo Conselho da Justiça Federal, e afirmava que os estabelecimentos federais teriam o propósito de resolver difíceis situações que vinham ocorrendo nas penitenciárias estaduais (mesma justificativa para a implantação da Penitenciária da Pensilvânia, em 1829), atinentes a determinados presos que demandam tratamento diferenciado cujo recolhimento se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso.

Ao longo da tramitação legislativa, foram feitas algumas alterações no PL n. 969/2007. A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, da Câmara dos Deputados, modificou o texto para: 1) incluir a expressão "segurança máxima" na ementa e em outras referências relativas à admissão de presos; 2) conferir à Defensoria Pública da União atribuição expressa para prestar assistência jurídica ao preso que estiver recolhido em estabelecimento penal federal de segurança máxima; 3) possibilitar a decretação de transferência imediata, cautelar do preso, com contraditório diferido, pelo juiz competente, quando houver extrema necessidade[10]. Em 08 de maio de 2008, foi publicada a Lei n. 11.671, suprindo a lacuna legislativa.

Com fundamento no art. 4º, §3º da Lei n. 11.671/2008, em 18 de junho de 2009, o Poder Executivo editou regulamento (Decreto n. 6.877), o qual esmiuçou as hipóteses de inclusão no Sistema Penitenciário Federal, prescrevendo que o preso deve possuir ao menos uma das características enumeradas no art. 3º.

Ainda em 2009, foram inauguradas as penitenciárias federais de Porto Velho/RO (19/06) e de Mossoró/RN (03/07). Em 2010, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal constituiu um fórum permanente de discussão sobre os problemas vivenciados pelos operadores do Sistema Penitenciário Federal para buscar soluções consensuais e uniformizar procedimentos. Atualmente, os enunciados aprovados nesses *workshops* são referência para julgadores e estudiosos, além de suscitarem novas interpretações[11]. Mais recentemente, foi inaugurada, em

[10] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C50FA4B42731196AE7DBAE02D8F17274.proposicoesWebExterno2?codteor=479924&filename=Tramitacao-PL+969/2007>. Acesso em: 16 mai. 2019.

[11] Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/sistema-penitenciario-federal>. Acesso em: 16 mai. 2019.

16/10/2018, a quinta unidade do Sistema Penitenciário Federal, em Brasília/DF. Está prevista a construção de um sexto estabelecimento penal da União, em Charqueadas/RS.

2.3 Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 2019)

A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, apelidada de "Pacote Anticrime", originada de projeto de lei de autoria do Poder Executivo, alterou substancialmente a Lei n. 11.671/2008.

Na esteira da agenda *tough on crime*, o Pacote Anticrime ampliou o prazo máximo de permanência para 3 (três) anos, renovável por iguais períodos.

A nova lei fixou expressamente as seguintes características de confinamento para o regime de regime fechado de segurança máxima: I - recolhimento em cela individual; II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita. O novo diploma legal frisou, porém, que as gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

Em previsão polêmica, o legislador trouxe a possibilidade de, havendo autorização judicial, as conversas entre o preso e o advogado sejam monitoradas e gravadas em áudio e vídeo[12].

O Pacote Anticrime estabeleceu a competência do juízo federal de execução penal para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal, bem como a possibilidade expressa de que a decisão de inclusão, prorrogação de permanência, concessão

[12] A Ordem dos Advogados do Brasil elaborou parecer criticando esse trecho à luz da garantia do sigilo profissional, visualizando prejuízo ao direito de defesa e defendendo, para a gravação das conversas, a necessidade de prévios indícios de que o profissional está cometendo crime. *Cf.*: SANTA CRUZ, Felipe; BREDA, Juliano (coord). *Análise do projeto de lei anticrime*: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, 75 p.

ou indeferimento de benefícios possam ser tomadas por colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.

O Pacote Anticrime estendeu aos Estados-membros a possibilidade de construir estabelecimentos penais de segurança máximo ou adaptar os já existentes, sendo-lhes aplicáveis o mesmo regramento do sistema federal (art. 11-B). Inseriu o §8º ao art. 2º da Lei n. 12.850/2013, para prever que "as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima".

3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

"O preso mantém todos os direitos de um cidadão normal, exceto aqueles que expressamente, ou por consequência lógica, lhe são retirados por lei". Essa frase, antes de constar do art. 3º da LEP, foi a conclusão atingida pelo Tribunal de Apelações do Sexto Circuito no famoso precedente *Coffin v. Reichard* (1944), em que se garantiu ao preso, que alegava sofrer de maus-tratos, a possibilidade de impetrar *habeas corpus* para a proteção de outros direitos inerentes à pessoa, e ordenou-se a sua transferência para outra instituição (HUTYERA, 1967, p. 681-686). Em 1961, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Monroe v. Pape*, superou a política do *hands off* [13] (princípio da não intervenção judicial) e reconheceu a jurisdição das cortes federais para julgar as reinvindicações a respeito de violações de direitos constitucionais (BOSWORTH, 2005, p. 877).

O Brasil incorporou convenções internacionais que abordaram direitos dos presos emanados da dignidade inerente à pessoa humana, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Decreto n. 592/1992), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (Decreto n. 40/1991), e a Resolução n. 2396, de 21 de

[13] A doutrina ou política do *hands off*, em apertada síntese, era a ideia, assentada na separação dos poderes e na deferência à *expertise* dos gestores, de que o Judiciário não tinha poder para supervisionar ou intervir na administração dos presídios. *Cf.*: LEVINE, Samuel J. Rethinking the Supreme Court's Hands-Off Approach to Questions of Religious Practice and Belief. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 25, iss. 1, pp. 85-134, 1997.

dezembro de 2017, do Conselho de Segurança das Nações Unida, que trata das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, as chamadas "Regras de Mandela" (Decreto n. 9.457/2018).

No próximo tópico, são expostas as posições favoráveis e contrárias ao cumprimento da pena em estabelecimentos de segurança máxima.

3.1 Posições jurídicas controvertidas sobre o Sistema Penitenciário Federal

Fernando Crisci de Paula e Adriana Prates dos Santos (2017, p. 38-53) ponderam que o sistema federal tem logrado êxito no objetivo de "[...] impedir que os próprios reclusos comandem os estabelecimentos prisionais e transformem-nos em ambientes criminógenos". Élcio Arruda (2010, p. 49-60) defende a existência do Sistema Penitenciário Federal como necessário para forjar um ponto de equilíbrio entre os direitos do infrator e os direitos da sociedade e afirma que, ainda, urge alargar o espectro de abrangência das prisões federais.

Jefferson Cruz Reishoffer e Pedro Paulo Gastalho Bicalho (2013, p. 162-184) enxergam as prisões federais como ferramentas do neoconservadorismo penal cuja única finalidade é isolar e neutralizar indivíduos por meio de vigilância total e intensa. Pontuam que o objetivo final perseguido por meio do isolamento de líderes de facções falhou porquanto as organizações criminosas não restaram enfraquecidas. Assentam que a prisão desempenha funções estruturantes na lógica do sistema capitalista, pois efetua a marginalização de alguns consumidores ineficientes, legitimando toda uma pacífica ruptura com direitos básicos e fundamentais em nome da segurança daqueles que se pretendem consumidores.

Gabriel Cesar dos Santos (2016, p. 307-333) sustenta que o regime jurídico do Sistema Penitenciário Federal seria expressão do direito penal do inimigo. Nessa toada, desenvolve argumentos como: a) trata-se de um modelo de cumprimento de pena fundado na rigidez, no isolamento dos presos e na restrição de direitos; b) as hipóteses do art. 3º da Lei n. 11.671/2008 abrigam conceitos vagos e imprecisos, de modo que "a inexistência de critérios legais taxativos, aliada ao subjetivismo do intérprete e o alto grau de inquisitoriedade do procedimento, faz do processo de inclusão e transferência um decisionismo disfarçado"; c) incide o fenômeno da "superestigmatização", pelo qual é atribuído o rótulo de pessoas muito perigosas aos egressos dos presídios federais, dificultando excessivamente a ressocialização e causando danos à honra

e imagem do preso. Como consequência do *status* de criminoso perigoso, aponta-se que, após o retorno do preso ao presídio estadual, qualquer evento de indisciplina ocorrido é quase que automaticamente atribuído ao egresso do sistema penitenciário federal, motivando o seu retorno ao sistema federal.

Filippe Augusto dos Santos Nascimento (2018, p. 181-205) assevera que haveria inconstitucionalidades no regime normativo do Sistema Penitenciário Federal baseado nas seguintes conclusões: i) "[...] a lei tenta impor uma migração de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal", mas "[...] a competência da Justiça Federal é estabelecida de forma taxativa pelo texto constitucional"; ii) o interno hipossuficiente econômico pode ser prejudicado no que tange ao acompanhamento processual; iii) o art. 3º da Lei n. 11.671/2008 "[...] traz uma norma aberta, baseada em um conceito jurídico indeterminado 'de interesse da segurança pública', o que fica no campo da discricionariedade do magistrado", sendo "[...] que tal arquitetura legislativa macula nitidamente o princípio da legalidade no que se refere à proibição de incriminações vagas e indeterminadas"; iv) o Decreto n. 6.877/2009 "[...] não se conteve em regulamentar a Lei n. 11.671, passando a inovar no mundo jurídico, usurpando o papel da Lei, o que revela a inversão normativa, invalidando o dispositivo".

As abordagens da criminologia crítica são relevantes por denunciarem a conexão entre o capitalismo e a ideologia subjacente ao direito penal da pós-modernidade. O *labelling approach*, igualmente, traz importante reflexão sobre o efeito estigmatizante das instâncias oficiais de controle social, consideradas em sua função constitutiva da criminalidade (BARATTA, 2004, p. 84-91 e 209-219).

Conquanto não exista sistema perfeito, as suas distorções devem ser cognoscíveis. No último capítulo, avança-se à análise crítica das posições acima explicitadas para se tentar desvendar o problema do fundamento de validade do Sistema Penitenciário Federal e, ainda, a questão relacionada à restrição de garantias constitucionais sob a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

4. HIPÓTESE DE TRABALHO

Os estabelecimentos penais de segurança máxima são prisões dentro de prisões. Com efeito, a inclusão em Penitenciária Federal acarreta uma série de restrições de direitos. O isolamento individual implica ausência de vida comunitária e poucas interações sociais. O preso, por ser alocado em estabelecimento "no interesse da segurança pública", perde o direito à assistência da família (art. 5º, LXIII, da CF) e ao recolhimento "em local próximo ao seu meio social e familiar" (art. 103 da Lei de Execução Penal)[14].

No longo prazo, os danos psicológicos decorrentes do isolamento são indiscutíveis. Craig Haney (2003, p. 124-156), que realizou pesquisa na *Supermax* da Califórnia (*Pelican Bay State Prison* - PBSP), ressalta que não há um único estudo publicado sobre o confinamento solitário involuntário, com duração de superior a dez dias, que não tenha constatado a ocorrência de efeitos psicológicos negativos. Os efeitos prejudiciais variaram em gravidade e incluíram sintomas clinicamente significativos como hipertensão, raiva incontrolável, alucinações, colapsos, depressão crônica, bem como pensamentos e comportamentos suicidas.

A Portaria n. 718/2017, do Ministro da Justiça, proibiu visitas íntimas aos internos. O Supremo Tribunal Federal compreende que a progressão de regime é incompatível com o sistema federal[15]. O Decreto de indulto e comutação de penas n. 9.246/2017 excluiu do âmbito de aplicação dos benefícios as pessoas que tenham sido incluídas no Sistema Penitenciário Federal, no interesse da segurança pública, em qualquer momento do cumprimento da pena.

De outro lado, as Penitenciárias Federais, que custodiam menos de 0,1% da população carcerária[16], não lidam com os problemas típicos dos sistemas estaduais, como superlotação, condições precárias de saneamento básico e risco de contágio por doenças como sarna, AIDS,

[14] *Cf.*: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 67.153/RO, Quinta Turma. Min. Relator Felix Fischer. In: *DJe* de 6/5/2016.
[15] *Cf.*: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 131.649/RJ, Segunda Turma. Min. Relatora Cármen Lúcia. Min. Redator do acórdão Dias Toffoli. In: *DJe* de 02/08/2017.
[16] Segundo o Infopen, de 2019, eram 673 presos no Sistema Penitenciário Federal. Ao todo, as cinco unidades até então existentes somam 1.040 vagas, o que corresponde a uma taxa de ocupação de 64,7%. *Cf.*: BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Dezembro de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 23 mai. 2019.

tuberculose e hepatite[17]. Os presos têm acesso ao ensino básico, fundamental e profissionalizante (art. 25 do Decreto n. 6.049/2007).

No sistema penitenciário estadual, como apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, i) a superlotação prejudica a promoção da continuidade aos estudos; ii) faltam profissionais para compor as equipes de saúde penitenciária; iii) o regime semiaberto é desacreditado como estágio do processo de ressocialização; iv) há dificuldade de atendimento da assistência jurídica ao preso, que se mostra insuficiente diante da extensão da população carcerária; v) a maior parte das ações voltadas ao trabalho, formação e capacitação profissional é desenvolvida de forma precária, sem recursos materiais e em espaços improvisados (BRASIL, 2015).

4.1 O federalismo cooperativo como fundamento de validade do Sistema Penitenciário Federal

Argumenta-se que a Lei n. 11.671/2008 teria imposto migração de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal sem autorização constitucional, pois a competência da Justiça Federal foi estabelecida de forma taxativa pela Constituição de 1988.

A competência cível da Justiça Federal é constitucional e taxativa[18], não comportando ampliação por norma infraconstitucional (DIDIER, 2017, p. 273). Em matéria criminal, a competência dos juízes federais é restrita: 1) aos crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; 2) aos crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; 3) aos crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; 4) aos crimes

[17] *Cf*.: ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciários brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CÚNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis*: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, n. 25, p. 905-924, 2015.

[18] *Cf*.: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDcl no AgRg no CC n. 89.783/RS. Ministro Relator Mauro Campbell. In: *DJe* de 18/06/2010.

cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; 5) aos crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.

Apesar de a competência dos juízes federais estar delimitada no texto constitucional, dispondo a justiça estadual de competência residual, o seu descortino pode não ser tarefa simples. Isto porque o intérprete deve se atentar à hipótese do inciso IV do art. 109, verificando se existe interesse da União no caso examinado. Por exemplo, o crime de moeda falsa (art. 289 do Código Penal) tutela a fé pública, mas trata-se de delito de competência da Justiça Federal, haja vista o interesse da União, a quem incumbe emitir moeda (art. 21, VII da CF/88) (BALTAZAR JÚNIOR, 2007).

A Lei n. 5.010/1966 previu que haveria interesse da União em processar o cumprimento de penas impostas pela Justiça Federal, mas que enquanto o ente central não possuísse estabelecimentos penais, tal encargo seria transferido aos Estados e Distrito Federal (art. 85).

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal refere que o §1º do art. 86 se destinava a uma categoria especial de presos que, no interesse da segurança pública, deveria cumprir a pena em local distante da condenação.

A existência de interesse da segurança pública ou do condenado, legitimando o cumprimento da pena em local distante do meio social e familiar (art. 103 da Lei de Execução Penal) ou da comarca da condenação, não parece, por si só, suficiente para explicar por que a União edificaria penitenciárias federais. O próprio sistema estadual poderia providenciar a transferência do preso para outra unidade se fosse o caso.

O federalismo cooperativo parece ser a causa e o fundamento de validade do Sistema Penitenciário Federal. Como dito, a Constituição Federal de 1988 assentou condomínio legislativo para o direito penitenciário (art. 24, I e §2º). A competência legislativa concorrente é traço característico do federalismo cooperativo, que impõe uma atuação coordenada entre os entes federados.

Francisco Segado (2003, p. 24-25) aclara que o federalismo cooperativo surge como modelo de superação da rigidez na distribuição do poder, pressupondo uma coparticipação de poderes e funções entre as distintas esferas de governo. A cooperação não se circunscreve à

elaboração de leis, ela é projetada para a direção dos programas, para o planejamento das atividades.

Celina Souza (2005, p. 105-121) observa que o federalismo cooperativo brasileiro, apesar de adotado formalmente no texto constitucional, é implementado a passos lentos, em razão da falta de mecanismos que estimulem a cooperação, tornando o sistema altamente competitivo, e das desigualdades financeiras, técnicas e de gestão existentes.

A origem do federalismo cooperativo, como ação governamental, remonta ao *New Deal*, da década de 1930, caracterizado pela crescente intervenção do governo federal sobre a atuação dos governos estaduais para recuperar a economia nacional. "A partir de então, a Suprema Corte passou a interpretar a Décima Emenda como um mero truísmo (de que tudo que não foi cedido se conserva) e reconhecer a competência federal em matérias de interesse local que tivessem repercussão nacional" (MOHN, 2010, p. 215-244).

Ocorre que, como visto, a realidade carcerária mudou significativamente nas últimas décadas. A ascensão das facções criminosas dentro dos sistemas prisionais, a partir da década de 1990, foi fator que contribuiu para o surgimento do primeiro estabelecimento penal federal de segurança máxima brasileiro, em 2006, com o propósito de resolver difíceis situações que vinham ocorrendo nas penitenciárias estaduais (ou seja, cooperar com os Estados-membros).

O texto constitucional respalda a interpretação que autoriza a União a criar penitenciárias de segurança máxima. Dentre as competências materiais comuns, a Carta Maior atribuiu a todos os entes políticos o dever de conservação do patrimônio público (art. 23, I). O reconhecimento da segurança pública como direito fundamental social (art. 6º, CF/88), dever do Estado e responsabilidade de todos (art. 144, CF/88), que na retórica novecentista do *laissez faire* era concebida como única função do Estado (SOUZA NETO, 2011, p. 19-73), reforçou a necessidade de atuação da União nessa seara não só por meio das Forças Armadas.

Nessa visão, o intérprete deve captar que o atual contexto social fomentou o interesse da União para atuar como coparticipante das políticas carcerária e de segurança pública. Recorrendo a Gadamer, Dworkin (2003, p. 353) enuncia a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas, ou seja, consubstancia atividade contextual.

4.2 Sistema Penitenciário Federal: expressão do direito penal do inimigo ou limitação razoável de direitos fundamentais?

Os direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica. E a colisão de direitos sempre nasce quando o exercício ou realização do direito de um titular tem consequências negativas sobre os direitos fundamentais alheios. "O objetivo da ciência dos direitos fundamentais ampla não é, de nenhum modo, a nivelação das ordens dos direitos fundamentais. Ao contrário, as diferenças lhe dão estímulos e tarefas" (ALEXY, 1999, p. 67-79).

A dogmática jurídica prega que os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Dworkin (2003, p. 353) usa a denominação "direitos *prima facie*" ou abstratos, que podem invadir ou restringir o direito alheio e suscitam a responsabilidade igualitária. "Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção, e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingrif*)" (MENDES; BRANCO, 2017, p. 172-173).

A referência do Sistema Penitenciário Federal como expressão do direito penal do inimigo comporta maior digressão. O direito penal do inimigo, em breve resumo, trata-se de formulação teórica de Günther Jakobs desenvolvida a partir de teorias contratualistas, notadamente as de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, que diferencia normativamente cidadãos, que não delinquem de modo persistente por princípio, e inimigos. Inserida no paradigma do funcionalismo sistêmico, a concepção de Jakobs atribui à pena a função exclusiva da prevenção geral positiva. O direito penal do inimigo se faria necessário contra quem se desvia por princípio, para combater perigos. O inimigo não seria o mero delinquente, mas quem rescinde o contrato social, um adversário do ordenamento jurídico. Como consequência, estariam legitimadas eliminações de direitos com vistas à neutralização dos inimigos, inclusive no campo processual, impondo, por exemplo, a incomunicabilidade. Valendo-se do raciocínio sistêmico de Niklas Luhmann, Günther Jakobs alude que "há muitas regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada

de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa" (2007, p. 40-49).

Jakobs captou a escalada do terrorismo e da criminalidade na década de 1980 como fatos (*input*) que o sistema jurídico deveria processar excluindo esses delinquentes renitentes (inimigos) do próprio Direito (*output*).

O direito penal do inimigo é insustentável até mesmo em relação ao raciocínio sistêmico luhmanniano, porque põe fim à estabilidade das expectativas, que é função essencial do Direito (LUHMANN, 1983, p. 77-94). Para Niklas Luhmann (1990, p. 149-168), os tribunais constituem o centro do sistema jurídico que o coage à decisão e funciona operativamente fechado (por meio do código binário lícito/ilícito), mas cognitivamente aberto e disposto a reagir a proposições de qualquer espécie (para interpretar, 'distinguir' os casos e formular novas regras de decisão). Ao banir delinquentes da órbita jurídica, o "direito" penal do inimigo torna as operações do Judiciário incontroláveis. Na visão deste trabalho, a principal expectativa contrafática de qualquer sistema jurídico deveria ser a garantia de que todo julgamento judicial seja realizado nos limites estruturais do Direito, qualidade que Luhmann chama de autorreferência. "A perturbação social gerada pelo delinquente é esperada pelo sistema, mas considera-lo como não cidadão foge da autorregulação funcional do direito, porque contraria seus limites axiológicos e estruturais" (VEDOVELLO, 2014, fl. 200).

Dessarte, o "direito" penal do inimigo falha por ignorar a função principal do Direito como subsistema social de controle do poder político. Torna a lei, ao invés de insígnia da proteção da liberdade, dispositivo antijurídico, o que é um paradoxo incontornável. Jakobs, porém, logrou predizer a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios para os delitos de terrorismo (*v.g.* art. 5º da Lei n. 13.260/2016), bem como a tendência de expansão dos crimes de perigo abstrato.

A doutrina de Günther Jakobs, de 1985, foi publicada posteriormente ao aperfeiçoamento do modelo das prisões *supermax* estadunidenses (1983)[19]. Não obstante, a

[19] Embora a Penitenciária de Alcatraz, que foi criada para abrigar os internos mais problemáticos chamados de "piores dos piores" (*"worst of the worst"*), seja apontada como a primeira prisão de segurança máxima, a política de endurecimento das regras carcerárias oscilou entre 1963 e 1983, de modo que somente em outubro de 1983, após a morte dos agentes penitenciários Kluts e Hoffman, que a unidade de Marion entrou em *status* de isolamento permanente. *Cf*.: KING, Roy D. The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem? *Punishment & Society*, n. 1, v. 2, p. 163-186, 1999.

coincidência de contexto histórico entre o nascimento do direito penal do inimigo e a disseminação das prisões de segurança máxima nos Estados Unidos (*marionization*[20]) fez com que ambos convergissem para o mesmo critério de discrímen, baseado na periculosidade do delinquente.

Somente seria viável falar em direito penal do inimigo no contexto dos presídios federais brasileiros se houvesse negação perene de direitos fundamentais, gravames desproporcionais ou hipóteses de inclusão no sistema federal desprovidas de justificativas plausíveis.

O controle de constitucionalidade é a verificação da validade da norma impugnada. Segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 41), validade é a propriedade da conformidade da norma jurídica a normas de hierarquia superior; significa *pertinência* da norma com o ordenamento. Subdivide-se em "validade formal" (determinada pela observância de competências pessoal, procedimental e material) e "validade material" (verificada pela não-contradição entre o conteúdo da norma inferior e o de normas superiores).

Sabe-se que, na via judicial, a injustiça ou a imoralidade do Estado é considerada se houver lesão a direitos. Não se reputa correto entender que análises descuradas dos requisitos de admissão dos presos, ou efeitos práticos inevitáveis (como o rótulo de "altamente perigoso" do qual o preso passa a tirar a proveito quando retorna ao sistema estadual para se reafirmar como líder na hierarquia da facção), sirvam para invalidar os diplomas normativos que disciplinam o funcionamento dos estabelecimentos penais federais. A eleição do critério de discrímen não é livre, estando regulada pelo princípio da proibição do arbítrio, como limite e critério possibilitador de valoração das relações de igualdade e desigualdade (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 42). O critério *periculosidade social*, eleito pelo legislador, pode não ser o mais adequado do ponto de vista gerencial, mas não é arbitrário ou injustificado.

A consolidação da autonomia cientifica do Direito Penitenciário, iniciada em 1930, atiçou a busca por uma legislação específica para a execução da pena (LYRA, 1978, p. 8). Conforme relatado na exposição de motivos da Lei Execução Penal (Exposição de Motivos n. 213, de 09 de maio de 1983), os esforços para a elaboração de normas de Direito Penitenciário se iniciaram em 1933, por iniciativa de Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos

[20] *Cf*.: BAUMGARDNER, Marisa M. *Supermax Confinement*: A Descriptive and Theoretical Inquiry. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011, fl. 9.

Brito e Heitor Carrilho, que apresentaram o Anteprojeto de Código Penitenciário da República. Em 1957, foi sancionada a Lei n. 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. As Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969 dispunham que competiria à União legislar sobre *regime* penitenciário. Desde então, foram arrefecidos os argumentos contrários à constitucionalidade da criação pela União de um Código das Execuções Penais, além de instituída a jurisdicionalização da execução penal.

A Constituição Federal seguiu essa tendência de reconhecimento da autonomia científica do Direito de Execução Penal, estabelecendo a competência concorrente (vertical não-cumulativa) da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I). Destarte, o objeto do direito penitenciário (cumprimento humanizado das sanções decorrentes da efetivação do título executivo penal) difere substancialmente dos campos de trabalho do Direito Penal (regular o exercício do *jus puniendi*) e do Direito Processual Penal (a pretensão processual acusatória[21]), muito embora a conexão entre os ramos jurídicos seja inexorável.

Mir Puig (2008, p. 106-107) ensina que o princípio da legalidade não é só uma exigência da segurança jurídica, que requer somente a possibilidade de conhecimento prévio dos delitos e das penas, mas também garantia política de que o cidadão não poderá ver-se submetido por parte do Estado nem dos juízes a penas que o povo não admite. Nessa perspectiva, surge a tripla exigência: (a) *lex praevia*: impossibilidade de retroação da penal gravosa; (b) *lex scripta*: exclui os costumes e os atos regulamentares do Poder Executivo como fontes de delitos e penas, sendo preciso que a norma escrita tenha categoria de lei emanada do Poder Legislativo, como representação do povo; (c) *lex stricta*: impõe certo grau de precisão da lei penal e exclui a analogia prejudicial ao réu. O "mandado de determinação" se concretiza na teoria do delito como imposição de tipicidade do fato, para que a lei possa determinar de forma suficiente as distintas condutas puníveis e as penas aplicáveis. A burla desse aspecto material do princípio da legalidade teria lugar se a lei penal se limitasse a utilizar cláusulas gerais absolutamente indeterminadas.

[21] *Cf*.: LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 10, n. 39, p. 103-124, jul./set., 2002.

Canaris (2003, p. 88-90) destaca a função sistematizadora dos princípios, que não têm pretensão de exclusividade, não valem sem exceção e necessitam, para sua concretização, de valorações singulares com conteúdo material próprio. Isto posto, a noção do princípio da legalidade explicada por Mir Puig, construída no Direito Penal para refrear o exercício do *jus puniendi*, deve ser reconfigurada à luz do objeto do Direito Penitenciário, que é a efetivação do título executivo penal.

A dogmática jurídica é firme no sentido de que, por ser ato normativo subordinado à lei, o decreto não pode restringir, ampliar ou modificar direitos e obrigações por ela previstos, pois tem por objetivo justamente a sua fiel execução (art. 84, IV da Constituição Federal). Muito embora seja censurável a vagueza[22] da Lei n. 11.671/2008, que não listou as hipóteses de inclusão ou transferência para estabelecimentos penais federais, o Decreto n. 6.877/2009 tão somente enumerou situações já sancionadas pela lei penal de forma diferenciada que, em princípio, pretextariam o ingresso no sistema federal no interesse da segurança pública:

(a) *Exercer liderança ou papel relevante em organização criminosa*: a Lei n. 12.850/2013 define o conceito de organização criminosa, proíbe o líder que celebra acordo de colaboração de ser beneficiado com o não oferecimento de denúncia, contempla maior sanção (3 a 8 anos de reclusão e multa) do que aquela cominada à associação criminosa (1 a 3 anos) e abrange os grupos terroristas (Lei n. 13.260/2016). A liderança negativa no ambiente carcerário erode a disciplina, a obediência e a ordem no ambiente carcerário, bens jurídicos penitenciários eleitos pelo legislador (ROIG, 2005, p. 185-186).

(b) *Ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem*: hipótese que busca salvaguardar o interesse do próprio preso (art. 86, §1º, parte final da LEP).

(c) *Estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD*: alude ao art. 52 da LEP, autorizando a submissão ao RDD em razão da prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. O crime de motim (art. 354 do Código Penal) é apenado com detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à

[22] Noutro giro, a vagueza das hipóteses de inclusão em estabelecimentos penais de segurança máxima decorre da imprescindível análise tópica, orientada para análise do caso particular, sendo inadequados juízos generalizantes sobre o cabimento dessa medida.

violência. Por isso, essa hipótese demanda especial atenção hermenêutica, pressupondo situações verdadeiramente graves, para evitar que presos meramente indisciplinados não sejam transferidos a presídios de segurança máxima por mera conveniência do gestor do sistema estadual. A inclusão de presos em unidades federais que não se encaixam no perfil adequado, além de não gerar nenhum benefício, implica gasto desnecessário de dinheiro público em prisões cujos custos de construção e de operação são acima da média (RIVELAND, 1999, 35 p.).

(d) *Ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça*: além de incorrer no delito do art. 288 do Código Penal, deve o interno ser contumaz na prática de crimes violentos e gravemente ameaçadores. A simples contumácia delitiva não justifica a transferência para o sistema federal. A quantidade e a gravidade dos crimes cometidos anteriormente ao aprisionamento não impõem, por si só, a transferência para presídio federal, sendo crucial a constatação de que o preso é prejudicial para a ordem do sistema estadual.

(e) *Ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem*: hipótese que busca resguardar o interesse do próprio preso (art. 86, §1º, parte final da LEP).

(f) *Estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem*: lamentavelmente, evasões e episódios de indisciplina e de violência são comuns no ambiente prisional. Nessa linha, somente casos de fuga, indisciplina e violência dos quais se possa extrair perigo à incolumidade pública e à manutenção da ordem prisional podem justificar a inclusão no sistema federal. O adjetivo "grave", empregado nesse inciso VI do art. 3º do Decreto n. 6.877/2009, jamais deve ser ignorado, porquanto constitui vetor/filtro interpretativo, de modo que apenas situações de elevado risco para a ordem pública e a paz social legitimem a transferência para o Sistema Penitenciário Federal.

Comparativamente, observa-se que os critérios de admissão em presídios de segurança máxima brasileiros aproximam-se daqueles comumente adotados nos Estados Unidos, que são, em síntese, o comportamento violento reiterado, o risco de fuga, a participação em rebeliões, a ameaça à segurança institucional e a atuação em facções criminosas (BUTLER; GRIFFIN; JOHNSON, 2013, p. 676-694).

Em interpretação teleológica da Lei n. 11.671/2008, a decisão judicial que autoriza a inclusão ou a renovação da permanência em estabelecimento penal federal deve sempre fazer considerações sobre a periculosidade (no sentido de constituir ameaça ao funcionamento do sistema estadual), como uma espécie de *qualifying clause*, traçando o perfil do interno a partir do seu histórico criminal e penitenciário. A inclusão no sistema federal pressupõe a relação conflituosa entre os direitos fundamentais do preso e o direito difuso à segurança pública, titularizado pela sociedade. Conforme abordado, a Exposição de Motivos da LEP esclarece que os estabelecimentos penais da União se destinam a abrigar uma categoria especial de presos. Inadmissível, portanto, que deficiências estruturais e/ou de administração das penitenciárias estaduais fundamentem a inclusão ou a permanência no sistema federal.

O Sistema Penitenciário Federal, como toda instituição social, reclama aperfeiçoamentos constantes. Por conseguinte, a caracterização do Sistema Penitenciário Federal, como instrumento de política de segurança pública e disciplina carcerária compatível com a Constituição da República ou campo de restrição desproporcional de direitos e terreno do arbítrio, dependerá do modo de aplicação do ordenamento jurídico.

4.3 Os *standards* probatórios como ferramenta de busca da resposta jurisdicional correta

"É importante o modo como os juízes decidem os casos" (DWORKIN, 2003, p. 3). Quando está em jogo a usufruição de direitos fundamentais, conhecer a construção da resposta jurisdicional é primordial.

Do ponto de vista da teoria integrativa de Ronald Dworkin (2002, p. 302), a polêmica atinente à forte restrição de direitos imposta pelo Sistema Penitenciário Federal guarda semelhança com os denominados "direitos controversos". O papel das decisões judiciais e das leis, ao "definir" direitos, é tentar limitar seus erros e, portanto, tentar descobrir onde reside o perigo de enganar-se.

O risco do equívoco é apontado por Keramet Reiter (2015, p. 89-152), que visualizou o *princípio da deferência judicial* às autoridades penitenciárias tanto em relação às alegações de fato no tocante às condições restritivas do cárcere da *supermax* de Pelican Bay. No início, o magistrado dava às autoridades penitenciárias o benefício da dúvida, implicitamente

reconhecendo os desafios que enfrentam na gestão da prisão. Depois, passou a "presumir a correção" das afirmações a respeito da periculosidade do preso e da necessidade de imposição de medidas restritivas[23]. Essa postura condescendente estiola a isonomia e nega o império do Direito, que "é uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido" (DWORKIN, 2003, p. 492). A deferência judicial às alegações das autoridades locais, conquanto seja recomendável na apreciação dos pedidos de inclusão cautelar, que é baseada na urgência, não pode significar farsa processual, transformando o contraditório e a ampla defesa em meras formalidades, sem que a parte contrária possa influir eficazmente na convicção do juiz.

Tal como esclarecido no precedente *Coffin v. Reichard*, enquanto a lei retira do preso a liberdade e impõe o dever de obediência e disciplina, ela não nega o seu direito de proteção contra violações ilegais.

O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a ideia do que significa fundamentar e justificar. Até por ser condição necessária da autonomia do Direito, Lênio Streck (2013, p. 75-90) lembra que "[...] o direito é "political" no sentido de *politics*, assim como as decisões judiciais (Dworkin)", "mas não se pode 'criar um grau zero de significação' a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais".

Alcides Pacheco (2011, p. 165-187) visualiza sinais do sistema inquisitório no procedimento de transferência do preso para as penitenciárias federais, pois "[...] há o resguardo da possibilidade de o juízo de origem requerer a transferência, agindo de ofício, cabendo, inclusive, suscitar conflito de competência caso seja negado". Discorre que existiria incompatibilidade do preceito do art. 4º, §1º da Lei n. 11.671/2008 com a garantia do contraditório, porquanto esse dispositivo legal "[...] incorre no erro de não falar na oitiva da

[23] No Brasil, há precedentes que reconhecem a presunção de veracidade e legitimidade aos relatórios de inteligência, documento unilateral, elaborado pela autoridade requerente: "5. Dispensada a instauração de procedimento investigatório ou de outras provas para aferição da periculosidade do custodiado, no momento, irrefutáveis. Bastam, para tanto, as informações trazidas pelas autoridades administrativas, as quais possuem presunção de legitimidade" (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Execução Penal n. 5005039-65.2015.4.04.7000, Sétima Turma, Relatora Cláudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 22/05/2015).

defesa ou do defensor, para o procedimento de transferência, mas, tão somente, do preso o que abre margem para a manutenção da presença apenas do apenado".

Não obstante a sempre necessária defesa do sistema acusatório, o art. 5º da Lei n. 11.671/2008 elenca como legitimados a requerer a inclusão ou transferência para o sistema federal a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso. O juiz de origem exerce o primeiro juízo de admissibilidade[24] perquirindo a pertinência e a necessidade da medida pleiteada. Salvo se for adotada interpretação extensiva (concluindo que o legislador disse menos do que deveria), o juiz de origem não possui legitimidade para solicitar a inclusão ao juízo federal responsável pela Penitenciária Federal (ou colegiado de juízes, na forma da Lei n. 12.694/2012, e agora expressamente previsto no art. 11-A da Lei n. 11.671/2008). A Lei n. 11.671/2008, no entanto, conferiu ao magistrado de origem a possibilidade de insistir na transferência, suscitando conflito de competência perante o tribunal competente, se rejeitada pelo juiz federal (art. 9º).

A Lei n. 11.671/2008 é clara no sentido de que o preso se manifestará em juízo por meio de sua defesa constituída, perante o juiz de origem e o juiz federal competente (art. 5º, §2º e §4º). Tanto é assim que, se o preso não possuir defensor constituído, caberá à Defensoria Pública da União a assistência jurídica (art. 5º, §1º).

O requerimento deverá conter os motivos que justifiquem a necessidade da medida e estar acompanhado da documentação pertinente (art. 2º, §1º do Decreto n. 6.877/2009). Interpreta-se, desta maneira, que transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima constitui medida de exceção, sendo inspirada em fatos e fundamentos adequadamente justificados pelo juízo que solicitar essa providência (AVENA, 2018, p. 200).

"A 'certeza judicial' não é uma 'certeza absoluta', mas um elevadíssimo grau de probabilidade que tende à certeza" (BADARÓ, 2003, p. 421). Daí a importância de um método

[24] Deve existir duplo juízo de admissibilidade, conforme a interpretação do Supremo Tribunal Federal: "ao juiz federal responsável pelo presídio federal pode até ser recomendada certa deferência na apreciação das solicitações do juízo de origem, mas de todo inviável, [...] reduzi-lo a autoridade meramente homologadora, pois também a ele incumbe zelar para que os presídios federais sejam utilizados para presos com o perfil apropriado, ou seja, de elevada periculosidade" (HC n. 112.650/RJ, Primeira Turma. Min. Relatora Rosa Weber. In: *DJe* de 29/10/2014). A orientação do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que "não cabe ao Juízo Federal exercer qualquer juízo de valor sobre a gravidade ou não das razões do solicitante" (CC n. 118.834/RJ, Terceira Seção. Rel. Ministro Gilson Dipp. In: *DJe* de 01/12/2011) deve ser superada porquanto constitui limitação da cognição judicial, sem respaldo constitucional ou legal, que, inclusive, subtrai da defesa a oportunidade de provar ao juiz federal o descabimento da medida pleiteada.

probabilístico não matemático[25] para os processos judiciais. Originados no *common law*, os *standards of proof* são padrões mínimos, modelos, regras sobre como as provas devem ser valoradas pelo julgador, para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais. Os *standards* probatórios são amplamente utilizados no processo penal para firmar o convencimento judicial, enunciando o grau ou nível de prova exigido como o "além de dúvida razoável". Têm como função principal permitir o controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos (BALTAZAR JÚNIOR, 2007, p. 5).

Sinalizando, ainda que timidamente, a necessidade de nortear a atividade judicial na apreciação do pedido de transferência para o sistema federal, o enunciado n. 39 do III Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal, do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2012), prescreve que "o juízo de origem que alegar ser o preso membro de facção criminosa deverá encaminhar, com o pedido, elementos que corroborem a afirmação".

As fórmulas apresentadas podem servir de parâmetro para quaisquer participantes do incidente de transferência, inclusive o requerente, em relação aos elementos mínimos que deverão acompanhar o pedido de inclusão ou renovação de estada em Penitenciária Federal. Busca-se a fixação de critérios racionais para os juízos de fundamentação, embora a análise seja inevitavelmente casuística. Projeta-se, ainda, que a existência de padrões probatórios, a evidenciar a suficiência/insuficiência dos elementos coligidos, contribua para a superação da jurisprudência que afirma o descabimento da discussão quanto à renovação de permanência em estabelecimento prisional federal na via do *habeas corpus*[26].

Dito isso, passa-se à proposição de padrões probatórios para a análise do pedido de ingresso ou prorrogação de permanência no Sistema Penitenciário Federal:

(1) *Não se exige prova cabal ou categórica dos fatos ensejadores* (correspondentes às hipóteses do art. 3º do Decreto n. 6.877/2009) para a inclusão ou a renovação da estada em penitenciária federal[27]. Isto é, as alegações da autoridade administrativa ou do Ministério

---

[25] Abordando o famoso caso *People v. Collins*, no qual a Suprema Corte da Califórnia assentou a impropriedade das equações matemáticas para a prova da responsabilidade criminal, *cf.*: TRIBE, Laurence H. Trial by mathematics: precision and legal ritual in the legal process. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1329-1393, apr. 1971.

[26] *Cf.*: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 131.649, Segunda Turma. Min. Relatora Cármen Lúcia. In: *DJe* de 02/08/2017.

[27] *Cf.*: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Petição n. 5017042-95.2018.4.04.0000, Sétima Turma. Des. Federal Relatora Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 02/05/2018.

Público devem ostentar *verossimilhança* (parecer verdadeiras à luz dos elementos carreados nos autos). Com efeito, no incidente de transferência, o objeto de análise do Judiciário é o local adequado para a custódia do preso; não se está aferindo a responsabilidade criminal do preso pelos fatos imputados, os quais se submeterão ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) nos autos de ação penal. Dessa maneira, argumentos relacionados ao princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência) tendem a ser rejeitados.

(2) *Para a inclusão cautelar, admite-se certa deferência às alegações da autoridade requerente*. Isto porque, muitas vezes, a inclusão se dá de forma emergencial, de sorte que não houve tempo suficiente para a formalização das diligências investigativas que se referem às graves situações que justificam o ingresso no Sistema Penitenciário Federal.

(3) Salvo na análise do pedido de inclusão cautelar, *meras alegações da autoridade administrativa, desprovidas de qualquer sustentação fática, não devem ser acolhidas*. Figura-se razoável exigir da autoridade requerente que apresente os elementos indiciários que confortam os relatos. Hipóteses de delito ou de infrações disciplinares inevitavelmente constarão de procedimentos investigatórios e/ou de autos judiciais, até pela natureza burocrática da atividade estatal. Não se afigura possível outorgar verossimilhança a afirmações de relatórios de inteligência que não estejam referenciados em procedimentos investigatórios ou ações penais. Do contrário, a defesa estará em posição de insuperável vulnerabilidade. O "princípio" da deferência judicial, detectado por Keramet Reiter, é incompatível com o sistema de direitos e garantias fundamentais consagrado na Constituição Cidadã.

(4) *A alta periculosidade do preso, por mais que seja um conceito indeterminado, deve ser passível de aferição a partir do contexto factual apresentado*. O art. 3º do Decreto n. 6.877/2009 enumera hipóteses que, adicionalmente, exigem argumentação idônea, alicerçada na realidade prisional local, sobre a necessidade de inclusão ou permanência do preso no sistema federal. Como já dito, a periculosidade (no sentido de constituir ameaça ao funcionamento do sistema estadual) funciona como *qualifying clause*, traçando o perfil do interno a partir do seu histórico criminal e penitenciário. A admissão no sistema federal pressupõe a relação conflituosa entre os direitos fundamentais do preso e o direito difuso à segurança pública, titularizado pela sociedade. Por isso, presídios de segurança máxima não são mecanismos de punição de custodiados meramente importunos ou antissociais.

(5) *A autoridade requerente deve encaminhar os documentos indicativos do preenchimento dos requisitos para a inclusão sempre que inexistir risco ao andamento das investigações em curso*. Portarias de instauração de inquéritos policiais, denúncias oferecidas pelo Ministério Público, decisões de recebimento de denúncia, relatórios policiais em inquéritos, sentenças e procedimentos administrativos disciplinares podem emprestar verossimilhança às afirmações do requerente, uma vez que esses documentos são normalmente elaborados com base em elementos indiciários provenientes de atos de investigação. Folhas de antecedentes criminais, relatórios de situação carcerária, exames criminológicos e atestados de conduta carcerária facilitam a apreciação judicial.

(6) *No caso de dúvida sobre a verossimilhança dos fatos ensejadores*, o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, e a defesa poderão requerer ao juiz de origem (art. 4º, §4º da Lei n. 11.671/2008) e ao juiz federal competente a realização de *diligências complementares*, como a oitiva de testemunhas e a expedição de ofício a Delegacias de Polícia, Penitenciárias, Varas Judiciais etc. Os magistrados, da mesma forma, poderão, *ex officio*, determinar a efetivação de diligências para dirimir dúvida. Argumentos retóricos sobre a excepcionalidade do Sistema Penitenciário Federal não são tão persuasivos como elementos informativos, notadamente documentais, que possam evidenciar a pertinência fática (ou não) das alegações da autoridade requerente. A prova oral no incidente de transferência não terá cabimento se disser respeito à responsabilidade criminal pelos fatos apurados em inquéritos ou ações penais, mas poderá corroborar, por exemplo, denúncias de perseguição contra diretores do sistema estadual.

(7) *A análise do pedido de renovação do prazo de permanência deve ser, inexoravelmente, mais rigorosa*, objetivando prevenir a inclusão no sistema federal de presos meramente indisciplinados e inconvenientes. Narrativas constantes de relatórios de inteligência produzidos unilateralmente devem estar referenciadas em procedimentos investigatórios ou ações penais. A prova da persistência das razões ensejadoras da inclusão não é tarefa fácil. Em virtude do isolamento na penitenciária federal, figura-se quase impossível produzir elementos contemporâneos ao pedido de renovação apontando que o preso continua capaz de exercer influência negativa sobre a massa carcerária. Daí a necessidade de o requerente contextualizar a atual situação do sistema estadual e, mesmo que em raciocínio hipotético, expor por que

entende ser imprescindível a renovação da estada em estabelecimento penal federal. Em suma, na apreciação do requerimento de prorrogação de permanência no Sistema Penitenciário Federal, não há que se cogitar de presunção de veracidade das afirmações da autoridade requerente, à medida que estão em jogo direitos fundamentais, como a progressão de regime prisional e a assistência familiar.

As inovações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), de nítido viés punitivista, demandam reflexão, para a compatibilização da vontade do legislador ordinário com os direitos e garantias fundamentais reconhecidos pelo poder constituinte.

A ampliação do prazo máximo de permanência para até três anos, por ser maléfica para o custodiado, exige hermenêutica cautelosa. Não pode significar que, em todo e qualquer caso, a prorrogação deva ocorrer pelo prazo máximo de três anos. O prazo máximo deve ser aplicado somente para aqueles presos de extrema periculosidade, guardando-se proporcionalidade entre a gravidade dos fatos ensejadores e a eficácia estimada do isolamento individual. Ainda, visualiza-se que a estada no presídio de segurança máxima possa ser objeto de impugnação dentro do prazo estabelecido na decisão de inclusão ou prorrogação de permanência. Parece correto que a permanência do preso em estabelecimento penal de segurança máxima deve seguir a cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, mesmo que a decisão de inclusão tenha sofrido preclusão e transitado em julgado, o preso pode requerer sua devolução ao Estado de origem caso haja modificação substancial na situação fática que ensejou a sua ida ao presídio de segurança máxima (por exemplo: absolvição do crime de organização criminosa, anulação do procedimento administrativo que investigava o incidente de fuga).

A Lei n. 13.964/2019 estabeleceu que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Com isso, a lei passou a presumir a alta periculosidade dos líderes das organizações criminosas que disponham de armas e a necessidade de custódia em presídios de segurança máxima. Malgrado, essa dita *presunção* merece ser avaliada pelo juiz casuisticamente, aferindo-se a necessidade e a adequação da custódia em presídio de segurança máxima, sob pena de se incorrer em abuso do poder de punir e violação do princípio da individualização das penas. Por exemplo, não seria razoável incluir um líder de organização criminosa armada em presídio de segurança máxima se o grupo ao qual pertencia era diminuto,

de baixo potencial ofensivo ou se os seus membros já faleceram. A inclusão em presídio de segurança máxima exige, sempre, fundamentação individualizada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura de controle do delito passou por profundas transformações na pós-modernidade. O discurso político populista encampou a retórica punitivista e as ideologias de solidariedade, que fundamentam o correcionalismo penal, foram arrefecidas. Desde a década de 1980, o crescimento da população carcerária e a ascensão das facções criminosas provocaram o sobressaio dos problemas de segurança pública.

O Brasil, inspirado nas prisões *supermax* estadunidenses e após sinalizações legislativas, inaugurou, a partir de 2006, cinco penitenciárias federais, adotando o modelo de concentração, que é a criação de unidades específicas para lidar com determinadas categorias de presos.

O regime penitenciário federal é caracterizado por restrições aos direitos fundamentais dos presos ("direitos *prima facie*") justificadas no interesse da segurança pública. Nesse ínterim, a doutrina jurídica questiona o regime penitenciário federal no tocante ao seu fundamento de validade e frente à dogmática dos direitos fundamentais.

O federalismo cooperativo parece ser a causa e o fundamento de validade do Sistema Penitenciário Federal. A competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário sinaliza essa hipótese. Vislumbra-se existir interesse da União na alocação dos presos em virtude da interferência da crise carcerária na eficácia das políticas de segurança pública em âmbito nacional. A inclusão em estabelecimento penal federal pressupõe a existência de relação conflituosa entre os direitos fundamentais do preso e o direito à segurança pública, titularizado pela sociedade.

É importante saber como os juízes decidem os casos, para que sejam dirimidos os riscos do equívoco. A teoria integrativa de Dworkin preconiza a fidelidade ao Direito; propala o império do direito como atitude interpretativa, autorreflexiva, construtiva e contestadora, que

proporciona o desvendamento dos compromissos públicos da sociedade com os princípios jurídicos.

O Sistema Penitenciário Federal, como instituição social de coparticipação de poderes e funções entre as distintas esferas de governo, reclama aperfeiçoamentos constantes. O jurista deve assumir o papel de propor esses melhoramentos. Imbuído nesse espírito, projeta-se que os *standards* probatórios do *common law*, já usados pelos tribunais brasileiros no processo penal, possam servir à análise do pedido de ingresso em presídios de segurança máxima, enunciando o grau de prova exigido para justificar racionalmente a relativização dos direitos do preso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 67-79, 1999.

ARRUDA, Élcio. Prisões Federais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 22, n. 7, p. 49-60, jul. 2010.

ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciários brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CÚNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis*: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, n. 25, p. 905-924, 2015.

AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev04/revista_04.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Tradução de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMGARDNER, Marisa M. *Supermax Confinement*: A Descriptive and Theoretical Inquiry. Dissertação (mestrado) - Eastern Kentucky University. 2011.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BOSWORTH, Mary. *Encyclopedia of prisons and correctional facilities*, vol. 1. Londres, Thousand Oaks: Sage, 2005.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. VII Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal: comemoração dos 10 anos de implantação do Sistema Penitenciário Federal. *Anais do VII Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *O desafio da reintegração social do preso*: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais (Texto para discussão). Brasília, Rio de Janeiro: Ipea, 2015, 44 p.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Dezembro de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 23 mai. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CC n. 118.834/RJ, Terceira Seção. Rel. Ministro Gilson Dipp. In: *DJe* de 01/12/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDcl no AgRg no CC n. 89.783/RS. Ministro Relator Mauro Campbell. In: *DJe* de 18/06/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 67.153/RO, Quinta Turma. Min. Relator Felix Fischer. In: *DJe* de 6/5/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 112.650/RJ, Primeira Turma. Min. Relatora Rosa Weber. In: *DJe* de 29/10/2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 131.649, Segunda Turma. Min. Relatora Cármen Lúcia. In: *DJe* de 02/08/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 131.649/RJ, Segunda Turma. Min. Relatora Cármen Lúcia. Min. Redator do acórdão Dias Toffoli. In: *DJe* de 02/08/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 969, de 2007. Dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais e a transferência de presos para os mencionados estabelecimentos, e dá outras providências. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=457122&filename=Tramitacao-PL+969/2007>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal, Departamento Penitenciário Nacional. *III Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal*. Brasília/DF: CJF, 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução n. 502, de 09 de Maio de 2006. In: *DOU* de 10/05/2006.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução n. 557, de 08 de Maio de 2007. In: *DOU* de 09/05/2007.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos n. 213, de 09 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Petição n. 5017042-95.2018.4.04.0000, Sétima Turma. Des. Federal Relatora Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 02/05/2018.

BUTLER, H. D.; GRIFFIN, O. H.; JOHNSON, W. W. What Makes You the "Worst of the Worst?" An Examination of State Policies Defining Supermaximum Confinement. *Criminal Justice Policy Review*, v. 24, issue 6, p. 676-694, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Malu. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. *Deutsche Welle*. [online]. Brasil, 17.01.2017. Disponível em: <https://p.dw.com/p/2Vsuw>. Acesso em: 30 mai. 2019.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1988.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Revista de Sociologia e política*, n. 13, p. 59-80, nov. 1999.

GARLAND, David. *La cultural del control*: crimen y ordem social en la sociedade contemporánea. Tradução de Máximo Sozzi. Barcelona: Gedisa editorial, 2005.

GRACIANO, Mariângela; SCHILLING, Flávia. A educação na prisão: hesitações, limites e possibilidades. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 13, n. 25, p. 111-132, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HANEY, Craig. Mental Health Issues in Long-Term Solitary and "Supermax" Confinement. *Crime and Delinquency*, v.49, n.1, p. 124-156, jan. 2003.

HUTYERA, Andrew R. Habeas Corpus - Punishment of Criminals - Prison Management (Johnson v. Avery, 252 F. Supp. 783 [M.D. Tenn. 1966]). *Law Review*, vol. 18, iss. 2, pp. 681-686, 1967. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol18/iss2/15>. Acesso em: 19 mai. 2019.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo*: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

LEVINE, Samuel J. Rethinking the Supreme Court's Hands-Off Approach to Questions of Religious Practice and Belief. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 25, iss. 1, pp. 85-134, 1997.

LIPOVESTKY, Gilles. *El crepúsculo del deber*. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Tradução de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 1994.

LOPES JÚNIOR, Ayry Celso Lima. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 10, n. 39, p. 103-124, jul./set., 2002.

LUHMANN, Niklas, A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann e revisão de Vera Jacob de Fradera. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

LYRA, Roberto. *Projetos e Anteprojetos de Código Penitenciário*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1978.

MARTINS, R. M. K. Pedagogia e andragogia na construção da educação de jovens e adultos. *Revista de Educação Popular*. v. 12, n. 1, p. 143-153, jan./jun. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2008.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010.

NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. Dos aspectos inconstitucionais do regime penitenciário federal. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 11, p. 181-205, jan./dez. 2018.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Sistema Acusatório, Sistema Inquisitivo e Execução nas Penitenciárias de Administração Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 90, p. 165-187, maio/jun. 2011.

PAULA, Fernando Crisci de; SANTOS, Adriana Prates. O Sistema Penitenciário Federal: a resposta do Estado à crise carcerária no Brasil. *Revista Juris UniToledo*, v. 2, n. 3, p. 38-53, jul./set. 2017.

POPPER, Karl Raimund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A "Reinvenção da Prisão" através de Políticas Penitenciárias de Exceção. *Revista Polis e Psique*, v. 3, n. 2, p. 162-184, 2013.

REITER, Keramet. Supermax Administration and the Eighth Amendment: Deference, Discretion, and Double Bunking, 1986–2010. *UC Irvine Law Review*, v. 5, p. 89-152, abr. 2015.

RIVELAND, Chase. *Supermax Prisons*: Overview and General Considerations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, 1999, 35 p.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SANTA CRUZ, Felipe; BREDA, Juliano (coord). *Análise do projeto de lei anticrime*: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, 75 p.

SANTOS, Gabriel César dos. Sistema Penitenciário Federal e a violação dos direitos individuais do preso: uma reflexão crítica sobre os critérios de seleção dos inimigos do Estado brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 1, p. 307-333, jan./dez. 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. *El federalismo en América Latina*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2003.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas*: um estudo criminológico à luz da psicologia de massas. Dissertação [mestrado]. Universidade de São Paulo, 2011.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOHR, Mary; WALSH, Anthony; HEMMENS, Craig. *Corrections*: a text/reader. 2. ed. Los Angeles, Londres: Sage, 2012.

STRECK, Lênio L. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção*: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, 2006.

TRIBE, Laurence H. Trial by mathematics: precision and legal ritual in the legal process. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1329-1393, apr. 1971.

VEDOVELLO, Ana Paula Scudeler. *A teoria dos sistemas de Luhmann como argumento contrário ao direito penal do inimigo* – 3ª velocidade do direito penal. 219 f. Tese (Doutorado) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

VILADARGA, Vicente; LAVIERI, Fernando. A facção que mais cresce no mundo. *Istoé* [online]. Brasil, 03.08.2018. Disponível em: < https://istoe.com.br/a-faccao-que-mais-cresce-no-mundo/>. Acesso em 23 mai. 2020.

VILARDAGA, Vicente; LAVIERI, Fernando. Massacre anunciado. *Istoé*. [online]. Brasil, 31.05.2019. Disponível: < https://istoe.com.br/massacre-anunciado/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Ressocializar ou não dessocializar, eis a questão. *Revista Bonijuris*, v. 542, p. 16-17, 2009.