

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME DE PRESO SUBMETIDO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL

SPECIAL RELATIONS OF SUBJECTION AND THE POSSIBILITY OF PENAL SENTENCE PROGRESSION REGARDING A PRISONER IN THE FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM

Emanuel de Melo Ferreira

Resumo

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como as restrições aos direitos fundamentais no específico contexto das relações especiais de sujeição envolvendo presos incluídos no Sistema Penitenciário Federal (SPF) não autorizam a vedação absoluta ao benefício da progressão de regime. O objeto desta pesquisa, assim, envolve direitos fundamentais e execução penal, no especial contexto do SPF. Inicialmente, buscou-se caracterizar o SPF a partir do surgimento do Primeiro Comando da Capital, organização criminosa das mais perigosas, cuja atuação contribuiu fortemente para a criação de tal Sistema. Em seguida, a teoria dos direitos fundamentais conferiu as bases necessárias para a caracterização das restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. Tal aporte teórico foi essencial para concluir que o argumento acerca da incompatibilidade abstrata entre o benefício da progressão de regime e as regras do SPF não subsiste.

Palavras-chave: Sistema penitenciário federal, Direitos fundamentais, Progressão de regime

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims demonstrate how the restrictions to the fundamental rights in the context of certain special relations involving prisoners included in the Federal Penitentiary System (FPS) does not authorize a complete restriction on the benefit of the progression of the prisoner's penal sentence. The object of this research, therefore, involves fundamental rights and penal execution, on the context of the FPS. In the beginning, one has characterized the FPS through the rising of the First Command of the Capital, a criminal organization the most dangerous, which contributed strongly to the creation of the Federal System. Continuing, the fundamental rights theory has gave necessary basis to the characterization on the fundamental rights restrictions, on the context of the federal prisons. This theoretical basis was essential to conclude that the argument concerning the complete incompatibility between the sentence progression and the FPS' rules does not subsist.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal penitentiary system, Fundamental rights, Progression of the prisoner's penal sentence

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como as restrições aos direitos fundamentais no específico contexto das relações especiais de sujeição¹ envolvendo presos incluídos no Sistema Prisional Federal (SPF) não autorizam a vedação absoluta ao benefício da progressão de regime. Nessa linha, buscará criticar entendimentos como o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do agravo regimental no conflito de competência nº 131.887/RJ².

O objeto desta pesquisa, assim, envolve direitos fundamentais e execução penal, no especial contexto do SPF. A caracterização de tal sistema, desse modo, será o ponto de partida, destacando-se: 1) as origens norte-americanas das “supemax”; 2) suas influências na realidade brasileira; 3) o perfil do preso a ele submetido, destacando-se que há certas hipóteses de inclusão no SPF que, para além da proteção da sociedade, visa à própria salvaguarda do preso. Tal consideração servirá para justificar uma menor intervenção nos direitos fundamentais em relação especificamente a estes últimos, como será demonstrado.

Especificando ainda mais, tem-se como base deste estudo a compressão das restrições aos direitos fundamentais nas chamadas “relações especiais de sujeição”, nas quais estão submetidos, por exemplo, os presos de um modo geral. A teoria dos direitos fundamentais, nessa linha, ajudará a encontrar os limites às restrições, inadmitindo intervenções injustificadas nos direitos fundamentais dos presos, como se tem, por exemplo, com a mera vedação à progressão de regime com base, genericamente, no fato de o preso integrar o SPF.

Nesse ponto, será essencial analisar conceitos como o de limites imanentes e restrições, no contexto das teorias internas e externa dos direitos fundamentais. Tal base teórica será essencial para analisar a correção da argumentação lançada no julgado acima elencado, qual seja, a vedação à progressão de regime de um preso submetido ao SPF sob o simples argumento de que as normas de tal sistema, em conjunto, são incompatíveis com o benefício. Essa forma de argumentação levada a cabo pelo STJ, repita-se, será alvo de críticas.

2. O Sistema Penitenciário Federal brasileiro e suas origens norte-americanas

¹ Como será visto oportunamente, alguns autores preferem a expressão “relações especiais de poder” ao invés de “relações especiais de sujeição”. Ambas serão utilizadas indistintamente no presente texto, eis que uma relação especial de “sujeição” para com a Administração Pública só poderia mesmo advir do “poder” desta.

² Relator Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 26/03/2014.

Como dito, caracterizar o SPF brasileiro demanda, necessariamente, uma prévia análise da realidade norte-americana, a qual inspirou fortemente a legislação brasileira. A ideia básica em torno das “supermax” ou prisões de segurança máxima é proporcionar segurança pública a partir do encarceramento de indivíduos considerados altamente perigosos, a saber: 1) líderes de organizações criminosas; 2) presos responsáveis por motins ou fugas no sistema estadual; 3) terroristas e espões; 4) indivíduos que reiteradamente praticam crimes violentos, em quadrilhas, por exemplo. Para além desses casos, a lei brasileira admite a inclusão de preso delator, desde que tal condição ponha em risco sua integridade física no estabelecimento de origem. Perceba-se, desde já, que tal indivíduo, apesar de inserido no SPF, não necessariamente praticou atos violentos.

Sobre o perfil dos presos submetidos às penitenciárias de segurança máxima, Jeffrey Ian Ross aponta que:

As prisões de segurança máxima são invenção Americana na prática penal. Eles são tipicamente reservadas para presos considerados como uma ameaça atual e séria para a segurança dos estabelecimentos penitenciários, particularmente para a segurança de outros condenados e agentes penitenciários. Presos em prisões de segurança máxima normalmente envolveram-se em altos níveis de violência atrás das grades e tentaram ou efetivaram fugas. Eles são frequentemente líderes de gangues, ou presos políticos condenados, como terroristas ou espões. Coletivamente, presos em tais unidades são pejorativamente referidos e considerados como os ‘piores dos piores’.³

O mencionado autor busca, na obra citada, analisar as razões em torno da profusão de tais prisões nos Estados Unidos e, principalmente, ao redor do mundo, a partir da globalização de tal ideia. No caso americano, Ross aponta, após descrever a evolução do sistema de execução penal a partir do isolamento imposto na “Walnut Street Jail”, construída em 1790 na Filadélfia, que foi a partir de meados de 1980 quando se deu a criação das prisões de segurança máxima, tanto no âmbito federal como estadual.⁴ O estopim para a criação dessas unidades foi o esfaqueamento brutal de dois agentes penitenciários por presos na prisão

³ ROSS, Jeffrey Ian. *The globalization of supermax prisons: An introduction*. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Pos. 131 de 3279. No original: “Supermax prisons are an American invention in penal practice. They are typically reserved for inmates who are considered a serious ongoing threat to the security of correctional institutions, in particular the safety of other convicts and correctional personnel. Supermax prisoners have usually engaged in high levels of violence behind bars and attempted or successfully completed an escape. They are often gang leaders or convicted political criminals, such as terrorists and spies. Collectively, supermax inmates are pejoratively referred to and considered to be the “worst of the worst.”

⁴ ROSS, Jeffrey Ian. The invention of the American supermax prison. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Pos. 248-273 de 3279.

federal de segurança máxima em Marion, Illinois, ocorrido em 1983.⁵ Mesmo sendo uma instituição já considerada de segurança máxima, entendeu-se necessário aprimorar e endurecer ainda mais as regras de segurança. Nessa linha:

(...) a unidade implementou o isolamento por 23 horas diárias dos presos. A instituição lentamente alterou suas políticas e práticas e foi adaptada para se tornar o que hoje é considerado uma prisão de segurança máxima. Após considerável debate e dificuldades em Marion, em 1994 o governo federal inaugurou sua primeira prisão especificamente considerada de segurança máxima em Florence, Colorado.⁶

Deve-se consignar, ainda, que tragédias como a ocorrida em Marion proliferaram-se em outras unidades prisionais dos Estados Unidos, contribuindo fortemente para a difusão da ideia acerca da necessidade de se implantarem cada vez mais prisões de segurança máxima.⁷

No Brasil, apresentando-se inicialmente as previsões legais em torno da criação de penitenciárias de segurança máxima, tem-se que a redação original do art. 86, §1º da Lei das Execuções Penais (LEP - Lei nº 7.210/84) já previa a possibilidade de a União “construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado”. Com a alteração promovida pela Lei nº 10.792/03, tal dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação: “A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado”, excluindo-se a exigência de que a condenação fosse superior a quinze anos, bem como não mais prevendo a necessidade de decisão judicial para a inclusão. Em ambos os disciplinamentos, no entanto, é possível constatar como a Lei brasileira prevê como uma das hipóteses de inclusão a própria proteção do condenado, independentemente da natureza das infrações penais por ele cometidas.

⁵ ROSS, Jeffrey Ian. The invention of the American supermax prison. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Pos. 248-273 de 3279.

⁶ ROSS, Jeffrey Ian. The invention of the American supermax prison. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Pos. 294-300 de 3279. No original: “In October 1983, after the brutal stabbing deaths of two correctional officers by inmates at the federal eral maximum-security prison in Marion, Illinois, the facility implemented a twenty-three-hour-a-day lockdown of all convicts. The institution slowly changed its policies and practices and was retrofitted to become what is now considered a supermax prison. After considerable debate and difficulties with Marion, in 1994 the federal government opened its first specially designed supermax prison in Florence, Colorado.”

⁷ ROSS, Jeffrey Ian. The invention of the American supermax prison. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Pos. 397-404 de 3279.

Tal dispositivo, evidentemente, não exaure todas as possibilidades normativas envolvidas no procedimento de inclusão dos presos no SPF. O procedimento para inclusão e transferência de presos é previsto na Lei 11.761/2008, regulamentada pelo Decreto 6.877/2009. Em linhas bastante gerais ele compreende: 1) o pedido de inclusão ou transferência, feito pelo Ministério Público ou por outras autoridades lá indicadas, como secretários de segurança; 2) análise pelo Juízo da origem; 3) nova análise do pedido pelo Juiz Federal Corregedor da unidade prisional do destino, caso tenha havido admissibilidade pelo Juízo de origem; 4) inclusão definitiva no sistema prisional federal, caso o Juiz Federal Corregedor também defira o pleito. Percebe-se, assim, que há um procedimento complexo e bipartido para se ter a definitiva inclusão de um preso num daqueles estabelecimentos penais. Há clara necessidade, portanto, de decisão judicial para a inclusão de preso no SPF.

Deixando um pouco de lato, por hora, as questões legais e a breve análise do perfil dos presos passíveis de inclusão no SPF, cabe indagar quais fatos podem ter contribuído para a União, finalmente, ter concretizado a norma contida no art. 86, §1º da LEP. O primeiro Presídio Federal no Brasil foi inaugurado em 23/06/2006, localizado em Catanduvas, Estado do Paraná. Em 21/12/2006, inaugurou-se outra unidade em Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, seguindo-se à criação de unidades em Porto Velho, Estado de Rondônia e em Mossoró, Estado do Rio Grande do Norte em 16/06/2009 e 03/07/2009, respectivamente. A construção da Penitenciária Federal em Brasília, Distrito Federal, ainda está em andamento.⁸

A doutrina não jurídica, ao focar o tema da criminalidade organizada sob a perspectiva sociológica⁹ ou antropológica¹⁰, aponta que as crescentes instabilidades encontradas no sistema carcerário, especialmente em São Paulo e Rio de Janeiro, desde o

⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Manual prático de rotinas das corregedorias judiciais das Penitenciárias Federais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 9. Apesar de se tratar de um manual, tal publicação não poderia ser ignorada na presente pesquisa, eis que apresenta diversos entendimentos das autoridades responsáveis pela inclusão de presos no SPF, muitos deles esboçados sob a forma de recomendações elaboradas em workshops voltados para o estudo do tema. Além disso, é escassa a bibliografia específica sobre o tema no Brasil, limitando-se os autores da área jurídica, quase sempre, a tecer breves considerações sobre o SPF em obras gerais de processo e execução penal. Guilherme de Sousa Nucci, por exemplo, faz rápida menção à possibilidade de a União construir os Presídios Federais, concluindo, em um único parágrafo que: “Pouco se fez até o momento nessa área, motivo pelo qual este é outro fator de fragilidade do sistema carcerário no Brasil”. NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de processo penal e de execução penal*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1027. Perceba-se que mesmo recorrendo-se a uma obra de 2011 pouco se escreveu sobre o SPF, mesmo após cinco anos da inauguração do primeiro presídio federal.

⁹ Sérgio. SALLA, Fernando. *Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC*. In.: Estudos Avançados *on line version*. Vol. 21, noº 61. São Paulo Sept./Dec. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300002&script=sci_arttext. Acessado em: 18/06/2015.

¹⁰ BIONDI, Karina. *Junto e misturado – uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010. Kindle Edition.

início dos anos 90.¹¹ A onda de rebeliões, não tratadas com o devido cuidado pelas autoridades do sistema penitenciário, culminou com a série de ataques orquestrada pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo, em maior de 2006. Nesse ponto, tais pesquisas convergem na busca pelas origens do PCC, analisando as relações entre tal organização, as péssimas condições humanas nos presídios estaduais e a criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).¹²

Acerca das origens do PCC, Karina Biondi aponta que:

Não é possível afirmar com precisão a data e as circunstâncias do surgimento do PCC. No decorrer da minha pesquisa, coletei diferentes versões sobre sua fundação: que teria sido em 1989, na Casa de Detenção do Carandiru; em 1991, em Araraquara; que se originou de outros grupos prisionais chamados Serpente Negra ou Guerreiros de David; ou que sua origem se deu em uma partida de futebol. (...)

De acordo com essa versão, o PCC nasceu em 31 de agosto de 1993 por ocasião de um jogo de futebol entre o Comando Caipira e o Primeiro Comando do Capital, no Anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, considerada uma das mais rígidas instituições carcerárias do país. A briga entre as equipes resultou na morte de dois integrantes do Comando Caipira. Para se protegerem dos castigos de funcionários da instituição, geralmente na forma de espancamentos, os jogadores do PCC firmaram um pacto no qual a punição de um dos integrantes do time enfrentaria a reação de todos os demais membros do time (Barros: 2006). Logo, os oito fundadores passaram a contar com apoio de outros presos. Mizael, um dos fundadores, redigiu um estatuto, no qual expressava a intenção de se organizarem para tentar evitar os maus tratos que diziam sofrer no sistema penitenciário e, ao mesmo tempo, regular as relações entre os presos, para que os maus tratos não partissem deles próprios. A orientação era a de que tinham de se unir (pois, afinal, compartilhavam uma mesma situação) para então reivindicar o que consideravam um tratamento digno no sistema carcerário. Em seguida, mulheres de alguns desses presos se reuniam na Câmara Municipal de São Paulo para discutir as condições do cárcere.

A criação do PCC é vista por muitos presos como o fim de um tempo no qual imperava uma guerra de todos contra todos, onde a ordem vigente era “cada um por si” e “o mais forte vence”.¹³

Tenha ou não sido especificamente a partir dos eventos desencadeados com essa partida de futebol que o PCC se formou é certo que os laços de solidariedade entre os membros de tal organização, deixando-os “juntos e misturados”, para utilizar a nomenclatura da autora citada, exerceram forte influencia no mundo do cárcere a partir do episódio, com a crescente adesão, por diversos motivos, por parte de outros presos. Segundo, José de Jesus Filho:

¹¹ ADORNO, Sérgio. SALLA, Fernando. Ob. cit. p, 8. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300002&script=sci_arttext. Acessado em: 18/06/2015.

¹² Não é objeto desta pesquisa analisar o PCC de modo aprofundado, de suas origens ao atual estágio de suas atividades. No entanto, é importante buscar caracterizar de maneira minimante adequada tal organização criminosa, para fins de bem entender o perfil de um preso que seja seu líder, em contraposição, repita-se, a um preso submetido ao regime federal unicamente para autoproteção.

¹³ BIONDI, Karina. Ob. cit. Posições 883-912 de 3661.

‘generais’, ‘pilotos’, ‘torres’, ‘irmãos’, ‘irmãs’, ‘cunhados’ e ‘primos’ são termos usados pelo PCC para distinguir as funções dos membros. Com a ajuda de advogados, familiares e egressos, dentre outros, PCC tornou-se uma organização atuando nos presídios, organizando crime nas ruas, incluindo tráfico de drogas e roubo a banco.¹⁴

A história de motins, tendo como um dos exemplos mais sangrentos o famoso massacre do Carandiru, ocorrido em 2 de setembro de 1992 quando 111 presos foram mortos pela polícia militar em São Paulo, certamente contribuiu para a ascensão das ideias em torno da criação das unidades Prisionais Federais de segurança máxima. Os eventos de maio de 2006 ocorridos em São Paulo, nos quais o PCC demonstrara formidáveis níveis de comunicação e poder de comando de dentro dos presídios, tamanha a quantidade de ataques coordenados especialmente contra ônibus e prédios públicos, notadamente reacionados à segurança pública¹⁵, serviram para fortalecer ainda mais as ideias em torno das Penitenciárias Federais.

Nessa linha, não é de se estranhar o perfil do preso que pode ser submetido às Penitenciárias Federais, como traçado pelo art. 3º do Decreto nº 6.877/2009:

Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Claramente, o intuito primordial é isolar membros perigosos de organizações criminosas, buscando-se evitar, justamente, as práticas antes descritas e fartamente praticadas nos ataques de maio de 2006 em São Paulo. O que não se pode admitir, no entanto, é a utilização retórica da expressão “preso submetido ao SPF” para se efetivar restrições

¹⁴ JESUS FILHO, José de. *The rise of the Supermax in Brazil*. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition. Posição 1957 de 3279. No original: “Generals,” “pilots,” “towers,” “brothers,” “sisters,” “brothers-in-law,” and “cousins” were terms used by the PCC to distinguish its members’ functions. With the help of attorneys, family members, former inmates, and so on, the PCC became a cell organization, organizing crime on the streets, including drug dealing and bank robbery”.

¹⁵ ADORNO, Sérgio. SALLA, Fernando. Ob. cit. p. 7-9. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300002&script=sci_arttext. Acessado em: 18/06/2015.

desproporcionais aos direitos fundamentais do preso, eis que, mesmo numa situação especial de sujeição, não há uma exclusão absoluta dos direitos fundamentais, como será demonstrado adiante.

3. As restrições aos direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição

3.1 Limites imanentes e restrições – as teorias interna, externa e suporte fático dos direitos fundamentais

Qualquer análise acerca dos direitos fundamentais dos presos demanda o estudo das relações especiais de sujeição no contexto das restrições aos direitos fundamentais. São temas inseridos na teoria dos direitos fundamentais, os quais demandam uma breve explanação, até para que não parem dúvidas sobre a terminologia empregada acerca do que se entende por limites imanentes e restrições dos direitos fundamentais. Para a compreensão do tema, é necessário traçar breves comentários sobre a teoria externa e a teoria interna dos direitos fundamentais, bem como sobre o conceito de suporte fático.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a teoria interna dos direitos fundamentais defende a existência de limites internos a tais direitos, imanentes no sentido de que são descobertos *a priori* pelo intérprete, evitando-se, dessa forma, qualquer ocorrência de colisão entre os direitos.¹⁶ Tais limites, que seriam evidentes, afastariam desde o início, por exemplo, qualquer pretensão no sentido de admitir um sacrifício humano numa peça de teatro em prol da liberdade de expressão.

Por outro lado, a teoria externa dos direitos fundamentais é aquela intimamente relacionada ao conceito de princípio como mandamento de otimização, eis que preconiza que um direito fundamental não possui limites *a priori* definidos, mas somente restrições diretamente constitucionais, decorrentes de lei (com reserva qualificada ou não) ou fruto de uma colisão de direitos fundamentais, eis que um princípio deve ser aplicado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁷ A aplicação da teoria externa, assim, conduz à colisão de direitos fundamentais, eis que os direitos fundamentais, especialmente quando veiculados em princípios, somente são, de início, *prima facie* garantidos.

As teorias externa e interna dos direitos fundamentais guardam íntima relação com as teorias ampla e restrita do suporte fático. Para Alexy, o suporte fático do direito fundamental é

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p, 128-130.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 90-91

formado pelo seu âmbito de proteção e pela intervenção estatal. O âmbito de proteção é a conduta (ação ou omissão), posição ou bem jurídico que merece a proteção do direito fundamental. A intervenção estatal ou particular, por sua vez, é uma conduta externada por meio de atos oficiais ou particulares que incidem sobre aquela conduta protegida pelo direito fundamental. Se essa intervenção não for constitucionalmente justificada, há o preenchimento dos requisitos do suporte fático e a norma de direito fundamental incide.¹⁸ O suporte fático, assim, é a situação concreta que torna possível a aplicação da norma de direito fundamental, determinando a cessão de uma intervenção indevida sobre o âmbito de proteção de determinado direito fundamental, como as liberdades anteriormente estudadas. O suporte fático amplo, desse modo, é aquele que abrange o âmbito de proteção e a intervenção.

Virgílio Afonso da Silva diverge parcialmente dessa construção, apesar de tomá-la como ponto de partida. Para ele, está correta a caracterização do suporte fático de maneira ampla, mas se deve incluir em tal conceito, ainda, a justificção constitucional para a intervenção. Como se viu no parágrafo anterior, Alexy sustenta que essa operação estaria colocada fora do suporte fático. Virgílio Afonso da Silva não concorda, pois, como o suporte fático deve ser entendido como a junção de elementos que, uma vez preenchidos, dão ensejo à aplicação do preceito de direito fundamental, faz-se necessária a inclusão da justificção constitucional em tal construção, pois, uma vez existente tal justificção, não haverá violação, não incidindo, portanto, a norma de direito fundamental.¹⁹

O seguinte exemplo apresentado pelo autor esclarece a teoria do suporte fático amplo, a qual inclui, repita-se o âmbito de proteção, a intervenção e a justificção constitucional:

Aquele que todos os dias, antes de dormir, ora em agradecimento ao seu deus exerce algo protegido pela liberdade religiosa. A ação “orar antes de dormir” é abarcada, sem dúvida, pelo *âmbito de proteção* da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI). Mas a consequência jurídica típica de um direito de liberdade – como é o caso da liberdade religiosa – não ocorre. Como direito de defesa, essa consequência é a exigência de cessação de uma intervenção. Isso simplesmente porque o suporte fático dessa liberdade não foi preenchido, pois não houve qualquer intervenção naquilo que é protegido pela liberdade religiosa.²⁰ (destaque no original)

A teoria ampla do suporte fático sustenta que qualquer conduta, bem ou posição jurídica, que guarde certa pertinência com a norma de direito fundamental, seja incluída em seu âmbito de proteção. Trata-se de uma construção propositadamente aberta, pois, seguindo a teoria dos princípios de Alexy, somente assim se fundamentaria adequada e racionalmente a

¹⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit. p, 304-307.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. Ob. cit. p, 74-75.

²⁰ Idem. p, 72.

solução de uma colisão de direitos fundamentais, entre o direito fundamental *prima facie* protegido e sua proposição definitiva.²¹

Para a teoria do suporte fático amplo, assim, é plenamente possível a ocorrência de colisões de direitos fundamentais, solucionável pela aplicação do princípio da proporcionalidade²². Esse é justamente o ponto central da divergência com a teoria do suporte fático restrito. Ressalte-se, por fim, que há autores que não diferenciam os conceitos de âmbito de proteção e de suporte fático, como Ingo Sarlet.²³

Para a teoria do suporte fático restrito, não é qualquer conduta, posição ou bem jurídico que pode ser inserido no âmbito de proteção do direito fundamental. Através de reduções apriorísticas, tal teoria já afasta alguns daqueles conteúdos sem a devida fundamentação, sendo essa uma das críticas lançadas contra ela.²⁴

A teoria do suporte fático restrito busca evitar a ocorrência de colisões de direitos fundamentais ao negar a dicotomia direitos *prima facie* e direitos definitivos. Para tanto, como dito anteriormente, recorre aos limites imanentes aos direitos fundamentais, ou seja, a limites que existem previamente ao surgimento desses direitos, fazendo com que, quando eles surjam, já estejam limitados e incapazes de colidir com outros direitos. A teoria, assim, não utiliza a ponderação para a solução de conflitos, até porque, como visto, o intuito da teoria é justamente evitá-los.

Há diversas críticas a tal construção²⁵, sendo uma das mais relevantes a anteriormente mencionada, no sentido de que tal teoria não fundamenta adequadamente suas conclusões. Promovendo reduções no âmbito de proteção *a priori*, muitas vezes intuitivamente, há uma perda de racionalidade e motivação que não são encontráveis na teoria ampla, que utiliza a ponderação eminentemente para justificar as restrições.

Foi útil fazer essas considerações teóricas? Sem dúvidas, eis que a clareza dos conceitos, após uma análise analítica das expressões, ajudará no adequado entendimento das relações especiais de sujeição no contexto das restrições. Com essa introdução, buscou-se

²¹ Repita-se que a distinção entre direitos *prima facie* e definitivos decorre da compreensão dos princípios como mandamentos de otimização, impondo sua realização na medida das circunstâncias fáticas e jurídicas.

²² Acerca da nomenclatura mais adequada para a proporcionalidade (princípio, máxima, regra ou postulado): SILVA, Virgílio Afonso. Ob. cit. 168-169. Para Virgílio Afonso da Silva, a mais técnica é a expressão “regra da proporcionalidade”. Para Humberto Ávila, por outro lado, o correto é considerar a proporcionalidade como um postulado, eis que ela disciplina a aplicação de regras. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p, 204-205.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010. p, 386 e nota de rodapé nº 522, página 387, quando o autor, expressamente, consigna a divergência parcial com a sustentação de Virgílio Afonso da Silva.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Ob. cit. p, 80.

²⁵ Idem. p, 83-92; 95-100.

afastar possíveis equívocos nos termos utilizados, afastando-se, por exemplo, qualquer possibilidade de convivência entre os limites imanentes e as restrições aos direitos fundamentais. Nesse ponto, novamente, esclarecedora é a explicação de Virgílio Afonso da Silva:

A precisão terminológica, neste ponto, é inafastável, pois há diversos termos que muitas vezes são usados em conjunto, mas que, analiticamente enfocados, são incompatíveis entre si. Ideias como a de *limites imanentes*, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com expressões como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento. Isso porque, entre outros motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são alto uno -, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra.²⁶ (destaque no original)

Feitas essas considerações, tem-se como oportuna a análise das relações especiais de sujeição no contexto das restrições aos direitos fundamentais.

3.2 As relações especiais de sujeição no contexto das restrições aos direitos fundamentais

Segundo Wilson Antônio Steinmetz, a negação do caráter absoluto dos direitos fundamentais pode ser feita de diversas formas. Em primeiro lugar, a relatividade de tais direitos é uma decorrência do próprio homem em sociedade, o qual, convivendo com outros, faz com que seja necessária também uma co-existência entre direitos. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são restringíveis a partir da própria historicidade deles, bastando ver, por exemplo, as transformações em torno do direito de propriedade o qual, inicialmente um direito classicamente absoluto, passou a sofrer influxos sociais e ambientais. Finalmente, sob a ótica dogmático-constitucional, é possível constatar a relatividade de tais direitos, eis que o próprio texto constitucional prevê restrições diretamente constitucionais ou decorrentes da lei, com reserva qualificada ou não.²⁷

As restrições aos direitos fundamentais podem afetar o status jurídico geral de qualquer indivíduo ou incidir especificamente em relação a certas situações especiais. As relações especiais de sujeição são essas situações nas quais um indivíduo, por estar mais intimamente ligado à Administração Pública, tenha sobre si uma maior restrição aos direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, com o servidor público, um aluno em escola

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso. Ob. cit. p, 128.

²⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p, 17-20.

pública ou um preso. Tal restrição não corresponde a uma negação absoluta de seus direitos²⁸, mas é justificável sob pena de inviabilizar a própria razão de ser da relação especial no qual incluída. Aprofunde-se algumas dessas ideias, iniciando pelo conceito doutrinário das relações especiais de sujeição, partindo-se, em seguida, para fundamentação acerca da proscricção de qualquer ideia que pretenda excluir por completo a proteção de direitos fundamentais dos indivíduos sujeitos a tais regimes.

Konrad Hesse, tal qual Canotilho²⁹, preferem a expressão “relações especiais de poder”. Para o primeiro:

Esse conceito, ainda hoje quase sem exceção empregado, indica sintética (e niveladoramente) aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, também direitos especiais, portanto, por exemplo, as relações do funcionário, do soldado, do aluno de uma escola pública – mas também aquela do preso. Relações especiais desta índole podem ser fundamentadas, ou por adesão voluntária (por exemplo, a relação de funcionário), ou por requerimento com base em uma lei (por exemplo, a relação do aluno de escola primária sobre a base de sua obrigação escolar).³⁰

Além dessas formas de se iniciar a relação de sujeição, é possível, a contrário *sensu* da lição de Hesse, apontar a submissão compulsória, decorrente de decisão judicial, seja numa ordem de prisão preventiva ou no caso de prisão decorrente de sentença penal transitada em julgado.

É ponto pacífico na doutrina que o ingresso do indivíduo nas relações especiais de sujeição não gera uma renúncia completa dos seus direitos fundamentais³¹. Nessa linha, Konard Hesse aponta que se deve buscar a concordância prática entre os direitos contrapostos, na medida das possibilidades:

As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida coletivamente, se

²⁸ Paulo Gustavo Gonet Branco lembra que, de fato: “Houve momento na história em que se excluía, por completo, as pessoas nessas condições do âmbito da aplicação dos direitos fundamentais. Essas pessoas simplesmente não poderiam invocar direitos e garantias em face do Estado, já que estariam inseridas num sistema em que o dever de obediência seria com isso incompatível. Desse modo, recusava-se a liberdade de expressão aos servidores civis e militares, bem assim o direito de greve, que comprometeria a disciplina e o bom andamento da Administração”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 231-232.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 466.

³⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 259.

³¹ “Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*”. (destaques no original). CANOTILHO, J.J. ob. cit. p. 466-467.

o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais, do particular, também permanecesse conservado completamente no status especial.

(...)

Onde a Constituição, por isso, inclui relações de status especiais em sua ordem, trata-se, para ela, não só das condições de vida garantidas jurídico-fundamentalmente, mas também das condições de vida daquelas ordens especiais, porque o todo de sua ordem assenta sobre a existência e a vida de ambas. Ela põe, com isso, do mesmo modo como nas limitações dos direitos fundamentais no status cívico geral, a tarefa da concordância prática: nem devem os direitos fundamentais ser sacrificados às relações de status especiais, nem devem as garantias jurídico-fundamentais tornar impossível a função daquelas relações.

(...)

A consideração aos direitos fundamentais é exigida sempre no quadro do possível – mesmo que isso traga consigo para as autoridades administrativas dificuldades ou incomodidades.³²

É certo, logicamente, que o estatuto especial de sujeição varia conforme a categoria do indivíduo, a saber, há restrições bem mais graves em relação a um preso do que em relação a um funcionário público. Mesmo assim, não há qualquer justificativa para a renúncia total a direitos fundamentais. Pode parecer uma repetição desnecessária, toda essa insistência com a tese de que não há renúncia total a direitos fundamentais no caso de presos, mesmo em se tratando do SPF. O precedente adiante analisado mostrará, infelizmente, como aquela concepção clássica acerca da incompatibilidade total entre certos direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição ainda persistem.

4. Individualização da execução da pena e a vedação completa à progressão de regime de preso submetido ao SPF

Como se sabe, a LEP aponta requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime de cumprimento da pena³³. Também leis especiais, como a Lei nº 8.072/90³⁴, prevêem requisitos mais rigorosos para a obtenção do benefício, tendo em vista a hediondez dos crimes lá tratados. Os requisitos objetivos dizem respeito ao cumprimento mínimo da pena imposta, enquanto os requisitos subjetivos referem-se ao bom comportamento carcerário do preso, nos termos dos dispositivos legais citados. Percebe-se, desde já, que os dispositivos elencados não fazem qualquer menção especial ao fato de o preso ter sido transferido ao SPF como

³² HESSE, Konrad. Ob. cit. p, 261-262. No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p, 232.

³³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

³⁴ Art. 2º, §2º: § 2º : A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

obstáculo à obtenção do benefício. É possível, no entanto, a partir do regramento do SPF previsto na Lei 11.761/2008 e no Decreto 6.877/2009, vedar-se, por completo, a progressão de regime, pelo simples fato de tal benefício ser incompatível com aquele sistema federal? Tal postura não violaria a individualização da execução da pena, desconsiderando situações concretas de cada preso? Para responder a essas provocações, veja-se qual o entendimento do STJ sobre o tema:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DO MAGISTRADO FEDERAL CONCEDENDO O BENEFÍCIO E DETERMINANDO O RETORNO DO APENADO AO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS REGRAS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA. ACÓRDÃO RECENTE QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A TRANSFERÊNCIA. BENEFÍCIO, POR ORA, AFASTADO.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a concessão do **benefício da progressão de regime** ao apenado em presídio federal de segurança máxima **fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema** ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado. 2. Tal entendimento jurisprudencial deriva da interpretação sistemática dos dispositivos legais que norteiam o ingresso no Sistema Penitenciário Federal, **os quais demonstram a absoluta incompatibilidade entre os motivos que autorizam a inclusão do preso e os benefícios liberatórios da execução** (CC n. 125.871/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 7/6/2013). 3. Se, em julgamento recente, a Terceira Seção decidiu pela manutenção do apenado na Penitenciária Federal de Mossoró/RN, sob o fundamento de que remanesciam os motivos que ensejaram a transferência, não há outra solução, senão afastar, por ora, o benefício concedido. 4. Agravo regimental improvido.³⁵ (destacamos)

Como se percebe, para o STJ há incompatibilidade abstrata entre as características do SPF e qualquer consideração acerca da progressão de regime. Para tal Corte, não pode ostentar bom comportamento quem ainda preenche os requisitos para inclusão no sistema federal, por isso a condicionante em torno de não mais existirem os motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema a fim de que se possa cogitar do benefício.

Em momento algum, portanto, o STJ fez referência às situações concretas que ensejaram a transferência do preso ao SPF. De fato, o perfil de muito daqueles presos fará com que não seja adimplido o requisito subjetivo, sob pena de contradição: caso haja o cumprimento do requisito objetivo, não seria mais o caso de o preso estar submetido ao SPF. Nem sempre, no entanto, deve ser assim.

³⁵ AgRg no CC 131.887/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 03/04/2014.

Como visto, a própria LEP prevê como um dos motivos para inclusão a proteção do próprio preso, quando em risco no presídio de origem. O Decreto 6.877/2009, no art. 3º, V prevê como motivo de inclusão “ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem.” Ora, como negar o benefício da progressão de regime a um preso submetido ao SPF sob esse motivo? Perceba-se que tal preso, mesmo na unidade de origem, pode ter ostentado bom comportamento carcerário, não necessariamente tendo praticado crimes violentos. Nessa hipótese, repita-se, a transferência se dá também no interesse do próprio preso, a fim de que sua integridade física seja preservada.

O entendimento do STJ ignora essa particularidade e outras que podem surgir, visualizáveis mais cuidadosamente pelo Juiz Federal Corregedor, autoridade competente para a execução penal e para analisar o pedido de progressão dos presos submetidos ao SPF. Ao vedar, abstrata e completamente, a progressão de regime de preso sob o simples argumento de que as regras do SPF são incompatíveis com o benefício, tal Corte violou o princípio da individualização da pena na vertente da individualização da execução³⁶.

O equívoco apresentado em tal entendimento decorre de um erro teórico, a saber, a má compreensão do regime das relações especiais de sujeição. Como visto, um preso não renuncia por completo aos seus direitos quando incluído num presídio, mesmo federal. A retórica acerca da incompatibilidade abstrata entre progressão de regime e os motivos da inclusão no SPF acarretam, na prática, a negação total da individualização da pena sem a consideração concreta dos requisitos subjetivos de cada preso. Tal tese, assim, equivale àquela concepção clássica em torno das relações especiais de sujeição antes criticada.

5. Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar as origens das Penitenciárias de Segurança máxima no Brasil, seguindo suas influências norte-americanas. No ponto, foi possível constatar como um aspecto em comum motivou a globalização de tal ideia para o ordenamento jurídico brasileiro: a existência reiterada de motins e crimes violentos no interior de presídios estaduais.

No cenário brasileiro, a ascensão do PCC marcou profundamente a necessidade de se repensar o encarceramento, eis que tal organização fora gestada justamente nas prisões de São Paulo, tendo seus líderes orquestrado ataques de dentro dos presídios, como os ocorridos

³⁶ Art. 5º, XLVI da Constituição: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)

naquele Estado em maio de 2006. Uma resposta possível, além da criação do RDD, foi a transferência das lideranças para o SPF.

O tema abordado, no entanto, merecia complementação com os direitos fundamentais, notadamente considerados nas relações especiais de sujeição às quais estão submetidos os presos. A diferenciação entre os conceitos de limites e restrições aos direitos fundamentais, seguindo estrita análise analítica dos termos, serviu para diferenciá-los e esclarecer seus usos possíveis, nos contextos das teorias externa e interna dos direitos fundamentais. As considerações em torno do suporte fático prestaram-se para aproximar a compreensão entre limites imanentes, teoria interna e suporte fático restrito, de um lado, e restrições, teoria externa e suporte fático amplo, de outro. Apesar de tal correspondência não ser necessária em todos os autores, seguiu-se referencial teórico na qual elas são assim diferenciadas, apresentando um didatismo possível em tal tema.

A partir da reiterada lição doutrinária em torno da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais de indivíduos sujeitos às relações especiais de poder, foi possível criticar decisões judiciais que pecaram pela fundamentação, no ponto que vedou a progressão de regime de cumprimento de pena a preso submetido ao SPF pelo simples fato de o mesmo integrar tal sistema. Tal incompatibilidade abstrata foi combatida, não podendo se admitir tal argumento. Há necessidade de análise concreta, por parte do juízo da execução, se o preso preenche os requisitos objetivos e subjetivos para o benefício. A vedação *a priori* feita pelo SPJ não foi devidamente fundamentada, violando ainda a individualização da execução da pena, pois tratou de forma igual presos que podem se encontrar em situações diferentes, a depender do motivo da inclusão no SPF. Tal decisão, portanto, cometeu um erro teórico ao não compreender adequadamente as relações especiais de sujeição, acarretando, ainda, a violação de direitos fundamentais.

6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. SALLA, Fernando. *Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC*. In.: Estudos Avançados *on line version*. Vol. 21, nº 61. São Paulo Sept./Dec. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300002&script=sci_arttext. Acessado em: 18/06/2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BIONDI, Karina. *Junto e misturado – uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010. Kindle Edition.

BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p, 466.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JESUS FILHO, José de. *The rise of the Supermax in Brazil*. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de processo penal e de execução penal*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSS, Jeffrey Ian. *The globalization of supermax prisons: An introduction*. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition.

ROSS, Jeffrey Ian. *The invention of the American supermax prison*. In.: *The globalization of supermax prisons – critical issues in crime and society*. ROSS, Jeffrey Ian (Org.). New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2013. Kindle Edition.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Manual prático de rotinas das corregedorias judiciais das Penitenciárias Federais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

AgRg no CC 131.887/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 26/03/2014, DJe 03/04/2014